

Tesis doctoral dirigida por la Doctora. Laura ZUÑIGA RODRIGUEZ.
Profesora titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca
Y realizada por D. André SCHELLER D'ANGELO en el
Programa de Doctorado "PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL.
DOGMÁTICA PENAL Y PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL".

**"EL ALCANCE DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL
DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO"**

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

EL ALCANCE DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL DERECHO PENAL CONTEMPORANEO

-SUMARIO-

Introducción.....	1
-------------------	---

-Capitulo primero-

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL DERECHO

Primera parte: Génesis del concepto, definición y características del mismo

1. Características histórico-epistemológicas sobre la procedencia del Debate de la Discrecionalidad.....	7
1.1 La discrecionalidad en el derecho.....	7
1.2 El ius naturalismo.....	8
1.3 El positivismo jurídico.....	11
1.3.1 El positivismo de H. Kelsen y el escepticismo ético.....	15
1.3.2 H.L.A. Hart y el positivismo metodológico.....	18
1.3.3 Génesis del debate de la discrecionalidad.....	24
1.3.4.1 El problema concreto de la discrecionalidad y los casos difíciles en el derecho.....	29
1.3.4.2 Discrecionalidad y arbitrariedad.....	31
2. El Concepto y las características de la discrecionalidad judicial.....	34
2.1 Que es y en qué consiste la discrecionalidad judicial.....	34
2.2 Características de la discrecionalidad judicial.....	39
2.2.1 La libertad en la decisión.....	39
2.2.2 La indeterminación del derecho.....	41
2.2.3 La noción de poder en la discrecionalidad judicial.....	49
Segunda Parte. El Derecho como sistema de normas, como ciencia y su aplicación en el contexto de la legitimidad	
3. La legitimidad en el derecho.....	52
3.1 Cuestiones previas.....	52
3.2 La legitimidad desde el poder asociada al derecho.....	53
3.2.1 Legitimidad por vía de legalidad.....	61
3.2.2 Las cinco discusiones en torno la legitimidad y el poder en concreto.....	67

3.2.3 La legitimación neo-naturalista.....	69
- Habermas la legitimación y la comunicación.....	70
- Luhmann y la teoría de sistemas.....	72
4. El derecho como ciencia y el sistema de normas.....	77
5. Las características del sistema Jurídico.....	83

-Capítulo segundo-

EL DEBATE DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL

1. La importancia de la conciencia de la discrecionalidad judicial en la evolución del Derecho Penal.....	90
1.1 La incidencia de la discrecionalidad judicial en el concepto positivo del delito, frente a la variación epistemológica de su fundamento en las diferentes corrientes de pensamiento.....	90
1.1.1 La escuela clásica Italiana: La influencia de Becaría y Carrara.....	93
1.1.2 Ferri y Lombroso en el positivismo criminológico.....	107
1.2 La dogmática y el positivismo alemán.....	114
1.2.1 F. Von Lizst y el esquema clásico del delito.....	114
1.2.2 Los neokantianos y la influencia de los juicios de valor.....	117
1.2.3 El finalismo.....	120
2. Discrecionalidad y legitimidad en el Derecho Penal contemporáneo (La tesis prevalente).....	124
2.1 Funcionalismo y garantismo penal.....	125
2.1.1 Claus Roxin y el bien jurídico como baremo.....	125
2.1.2 Gunther Jakobs: la protección del sistema de normas y el enemigo en el Derecho penal....	129
2.1.3 Luigi Ferrajoli y el garantismo Penal.....	135
3. Las consecuencias de la discrecionalidad judicial en el derecho penal Contemporáneo.....	139
3.1 La legitimación del derecho penal contemporáneo (El “ser” y el “deber ser” del derecho penal).....	140
3.1.1 Cuestiones preliminares.....	140
3.1.2 La legitimidad en concreto en el discurso del derecho penal contemporáneo.....	143
3.1.3 La orgánica del derecho penal.....	149
3.1.3.1 La realidad del derecho penal: “Un organismo”	151
3.1.4 Legalidad vs legitimidad en el derecho penal.....	152
3.1.5 La imposibilidad de legitimar el derecho penal en el positivismo como consecuencia de la discrecionalidad judicial (La superposición de normas en el derecho penal).....	156
3.1.6 Ética y legitimidad del derecho penal.....	159
3.2 El sistema de normas en el derecho penal.....	162
3.2.1 ¿Por qué un sistema de normas?.....	162

3.2.2 El sistema “ideal” de normas en el derecho penal.....	164
3.3 La ciencia del derecho penal.....	165
3.3.1 La influencia de las ciencias exactas en el Derecho penal.....	172
3.3.2 La paradoja científica de la discrecionalidad judicial en el Derecho penal.....	177
3.3.3 La ley y la jurisprudencia son dos objetos distintos para la ciencia.....	183
4. Completitud, Argumentación, Sintaxis o Ética: cuatro discursos neo-legitimantes de la actividad judicial.....	185
4.1 Derecho penal y discrecionalidad judicial en las corrientes neo-naturalistas.....	185
4.2 Primera postura neo-naturalista: Discrecionalidad judicial o completitud del derecho.....	187
4.2.1 Dworkin en el Derecho Penal ¿Un debate con Hart?.....	191
4.2.2 La invalidez del “sistema normativo” penal.....	196
4.3 Segunda postura neo-naturalista: la teoría de la argumentación desde la perspectiva del juicio racional.....	202
4.3.1 Tópica, Retórica y Juicio Racional.....	204
4.3.2 Chaim Perelman y el concepto de auditorio en la argumentación.....	207
4.3.3 La teoría de la argumentación de R. Alexy.....	210
4.3.4 La relación del derecho penal con la argumentación jurídica.....	215
4.3.5 Las consecuencias de la hermeticidad del discurso lógico racional en las sentencias.....	223
4.4 Tercera postura neonaturalista la sintaxis y los intentos de la lógica formal.....	225
4.4.1 Principia Juris: Ferrajoli y la lógica formal.....	231
4.5 Cuarta postura neonaturalista la ética como principio legitimante del derecho.....	239
4.5.1 El abandono del positivismo en el derecho penal.....	239
4.5.2 Las tesis éticas del neo-naturalismo.....	240

-Capítulo tercero-

LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN MATERIA PENAL POR VÍA DE JURISPRUDENCIA

1. La Constitucionalización del derecho penal.....	241
1.1 El precedente judicial.....	241
1.2 La creación del tribunal constitucional en Colombia.....	242
1.3 El precedente judicial en materia penal.....	245
2. Discrecionalidad de las altas cortes por vía de completitud y ambigüedad en la ley penal.....	246
2.1 Primer estudio de caso: Sobre completitud.....	248
2.2 Segundo estudio de caso: sobre completitud.....	255
3. Discrecionalidad de las altas cortes por vía de interpretación y algunas variables.....	262

3.1 Primer estudio de caso: sobre interpretación.....	262
3.2 Segundo estudio de caso: Sobre Interpretación y contradicción normativa.....	279
4. La incidencia práctica de la discrecionalidad judicial en materia penal.....	308
4.1 La a-cientificidad del Derecho penal a consecuencia de la discrecionalidad.....	308
4.2 El derecho penal como orgánica y no como sistema.....	312
5. Posición Personal.....	314
5.1 La discrecionalidad judicial como virtud ética.....	314
5.1.1 Cuestiones previas.....	314
5.2 El sucedáneo de la discrecionalidad en el ámbito del Derecho penal.....	317
5.3 El sucedáneo ético de la discrecionalidad como virtud.....	318
5.4 El problema de la discrecionalidad como virtud en el derecho penal contemporáneo.....	322
5.5 La discrecionalidad del juez penal como virtud artificial del derecho.....	325
5.5.1 Límites del juez virtuoso discrecional en materia penal.....	330
6. Conclusiones.....	334

El alcance de la discrecionalidad judicial en el derecho penal contemporáneo

Introducción.

La discrecionalidad judicial en el Derecho penal es la herida abierta universal cuya consecuencia más aguda es la ilegitimidad. Pese a los grandes esfuerzos teóricos e inclusive meta- teóricos, las denominadas zonas de penumbra en dónde el juez discrecional en materias punitivas debe moverse como un fantasma en la obscuridad, son latentes y constituyen el principal problema a resolver en el moderno Derecho penal. Toda la dogmática jurídico-penal sin duda, se ha movido históricamente con los ojos puestos en éste derrotero, sin embargo le ha enfrentado de manera tangencial, ya que éste fenómeno producto del Derecho tiene un límite de discusión en dónde los teóricos han dicho “basta”.

Su incidencia histórica en materias punitivas ha bajado del asiento -y sin duda lo seguirá haciendo- a grandes corrientes y escuelas, las cuales con pretensiones aparentemente científicas, han querido enarbolar un Derecho Penal impermeable, pero que desafortunadamente “gotea” a la sazón del juez discrecional penal. No es otro el motivo; las grandes corrientes jurídico-penales han declinado conceptualmente en su mayoría, cuando jueces del mismo rango y posición ante hechos históricos del mismo carácter

fenoménico, en un espacio discrecional deciden resolver cada uno con su “propio derecho penal”

Este trabajo trata sobre la discrecionalidad judicial y su incidencia en el derecho penal a través de las distintas corrientes de pensamiento, que históricamente han tratado de dar respuesta a ¿Cuándo, cómo, dónde y por qué penar?

La trayectoria histórico-teórica del debate sobre la discrecionalidad judicial es sumamente amplia, pues tiene como punto de partida de su discusión la ius-filosofía y la teoría general del Derecho, en razón a ello, razón por la cual aquí se toma partido acerca de su definición, sus características y su desarrollo. Considerando que pese a la gran cantidad de posturas y discusiones, existen algunas de mucho mayor valor epistémico y teórico que otras; sin el ánimo de desechar algunas, sino más bien consiente de la puntualidad con la que deben ser recogidas, se han seleccionado meticulosamente autores y hechos históricos, que han permitido establecer en éstas líneas la pretensión de mostrar la importante incidencia de la discrecionalidad judicial en el pensamiento del Derecho Penal.

Hipótesis y premisas de las que partimos: La hipótesis que se demostrara en éste trabajo es que la discrecionalidad judicial en materia penal, es un fenómeno jurídico futuro e indeterminado producido por la ausencia de regulación (Vacíos), la contradicción normativa (Antinomias) y la pluralidad interpretativa por exceso de regulación (Lagunas) que genera, ilegitimidad, a-sistematicidad y a-

cientificidad en el derecho penal. A manera de conclusión, se demostrará que el sucedáneo lógico del derecho penal frente a la discrecionalidad judicial ha sido considerado como una “Virtud” que ha sido puesta en cabeza del juzgador

Metodológicamente se trata de un estudio cualitativo de alcance descriptivo que parte del problema de la discrecionalidad y su incidencia en el Derecho penal, aseverando hipotéticamente cuales son las consecuencias mediáticas que produce dicho criterio sobre un constructo denominado “Derecho”. A tal efecto en el primer capítulo se muestra dónde anida el grueso del debate de la discrecionalidad desde una óptica histórica y epistémica a manera de marco teórico.

Además, desde la dimensión de sus características aportadas por la teoría general del derecho, la investigación se aproximará a una definición que le permite delimitar, en qué casos el juez desde la teoría general del Derecho es discrecional. Así mismo desde la teoría general, se pondrá de manifiesto algunas tendencias en especial ius-filosóficas, dentro de lo que la doctrina ha denominado un neo-naturalismo naciente cuyo auge se remonta a mediados del siglo pasado, las cuales han dado unas primeras respuestas teóricas al fenómeno discrecional en los jueces.

Consecuentemente en éste primer capítulo, se hace referencia a tres “estándares” del constructo “Derecho” que son: el sistema de normas, la ciencia del Derecho y la legitimidad del Derecho, como los pilares

básicos que pierden sentido frente a la discrecionalidad judicial en el ámbito del Derecho Penal.

Estos “estándares” tan fielmente protegidos por el adoctrinamiento jurídico, presentados en éste capítulo sin pretensiones de profundidad sino como marco teórico básico, son la clave para sostener: en que consiste la incidencia de la discrecionalidad en el Derecho, lo cual será objeto de examen en el segundo capítulo.

En el segundo capítulo se desvela lo determinante para que se produzca la incidencia del juez discrecional en las principales corrientes del Derecho penal, desde una perspectiva epistémica e histórica. No se trata entonces de exponer aquí “la misma historia” sobre las escuelas y las corrientes de la materia punitiva, sino de plasmar todo el proceso de la lucha por la cientificidad, la sistematicidad y la legitimidad del Derecho penal y su consecuente desvanecimiento ante el criterio incontrolable, pero evidente de la discrecionalidad judicial. Así mismo en éste segundo capítulo, se trae a colación la disputa en torno a “la tesis prevalente” en el Derecho penal contemporáneo, de cara a encontrar respuestas sólidas al problema de la discrecionalidad; pero como se verá, lo que resulta en suma prevalente es la desértica reacción en un amplio sector de la doctrina y la somera puesta en escena del problema en otro, sobre el gran problema a resolver. En éste capítulo se acuñan para el derecho dos términos nuevos que son: la “superposición en el Derecho”, fenómeno que será ampliamente explicado y utilizado tanto en el segundo como en el tercer capítulo; y la “orgánica del Derecho” como

fenómeno contrario a la sistemática, utilizada amplia, pero contradictoriamente en el derecho, ya que el reflejo real ante el fenómeno de la discrecionalidad es la ruptura de cualquier intento sistematizador del mismo.

De igual forma en éste capítulo se contrastará, ya no para el derecho general sino específicamente para el Derecho Penal, la incidencia de las neo-teorías frente a la solución del conflicto generado a raíz de la discrecionalidad en la sistematización, la científicidad y la legitimación del derecho en materia punitiva.

Finalmente en el tercer capítulo, se toma como laboratorio experimental el Derecho Penal colombiano, para mostrar en la práctica lo establecido teóricamente en el segundo capítulo, esto es, la posibilidad de que los jueces -inclusive de la más alta jerarquía-, en los casos de penumbra, fallen de manera diversa ante casos idénticos, amplíen el alcance de los tipos legales, delimiten los criterios del bien jurídico a proteger y con ello desatiendan los esfuerzos de la ya más que abatida dogmática jurídico penal. Ello se lleva a cabo mediante algunos estudios de caso, oportunidad en la cual la transcripción jurisprudencial se convierte en una herramienta válida para demostrar mediante el cotejo el rumbo del Derecho penal en Colombia.

En éste tercer capítulo se sienta postura frente a la realidad fenoménica manifiesta y frente a las neoteorías, aproximándose sin más a la visión ya no deontológica sino Ético-valorativa de un juez penal, al que se otorga en sus momentos extremos una “virtud”

sintética o artificial que en su seno guarda la conciencia de haber puesto seres humanos tras las rejas. Se avizora desde ya y se profundiza en las conclusiones, que la discrecionalidad judicial es una virtud que de manera artificial pone el Derecho incompleto en cabeza del juzgador.

CAPITULO PRIMERO

Aproximación al concepto de discrecionalidad judicial en el Derecho

Primera parte: Génesis del concepto, definición y características del mismo

1. Características histórico-epistemológicas sobre la procedencia del debate de la discrecionalidad

1.1 La discrecionalidad en el Derecho.

La Filosofía del derecho, básicamente, ha sentado sus bases en la discusión entre dos doctrinas que han pretendido dar respuesta a la pregunta ¿Qué es el Derecho? De un lado se encuentran los defensores del ius naturalismo y, del otro, los del ius positivismo. De manera preliminar, se puede afirmar que la discusión gira en torno a la diferencia entre Derecho y Moral. Mientras que los iusnaturalistas consideran vital para la definición del derecho la relación con la Moral, para los positivistas, pese a aceptar que existe dicho nexo, el mismo no resulta fundamental para comprender qué es el Derecho y cuál es su procedencia.

En el primer acápite de éste capítulo, se hace una relación entre las doctrinas positivistas y naturalistas más relevantes, a fin de establecer

histórica y doctrinariamente, cómo interviene el término discrecionalidad en la discusión del Derecho.

1.2 El ius-naturalismo.

Los defensores del naturalismo en sus inicios, defienden la creencia de que sobre las leyes creadas por el hombre se superponen una serie de principios de derecho natural. Dichos principios que se presentan como inmutables y eternos, son diferentes a la ley humana, dado que ésta por el contrario, puede ser diferente o cambiante por las condiciones de tiempo, modo y lugar en que son creadas. Las leyes de los hombres, según el naturalismo, deben obedecer no obstante sus diferencias a los principios naturales preexistentes. Por lo anterior, la validez de las leyes creadas por ellos, reside inevitablemente en su correspondencia con los principios morales del derecho natural.

Los contenidos del derecho natural y su historia son muy extensos, sin embargo para los términos de éste trabajo que consiste en establecer el hito de la discrecionalidad al interior del Derecho penal, se pueden establecer como punto de partida teórico, por su importancia y profundidad las doctrinas impulsadas por los estoicos en los inicios del imperio romano¹ y en la literatura de la teología cristiana de la edad media. Esta doctrina inspiraría el pensamiento secular del siglo XVI y

¹ Con ello no se pretende desconocer que en Grecia se presentaron importantes aportes a las tesis iusnaturalistas, lo que se pretende es concretar un punto de inicio que permita establecer el desarrollo y sustento del naturalismo en sus eventos históricos más relevantes y dar a conocer los conceptos más importantes que le han dado sustento en sus inicios.

es la base innegable de los principales postulados de los derechos humanos de los siglos XIX Y XX.

Durante el siglo XIX y XX la doctrina del derecho natural fue muy criticada dado el crecimiento de los postulados positivistas, no obstante durante la postguerra ha resurgido a través de teorías y corrientes no necesariamente limitadas a grupos cristianos, que promulgan en especial la protección de los derechos humanos.

Para Carlos Santiago Nino, *"La concepción iusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis: a) una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; (b) una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificadas de "jurídicas" si contradicen aquellos principios morales o de justicia²."*

Podemos afirmar que el naturalismo en sus inicios o versiones tradicionales, está sustentado sobre tres tesis o criterios que le son propios:

1. Existen principios morales eternos, inmanentes, inmutables y universalmente verdaderos.
2. Dichos principios pueden ser conocidos y entendidos por el hombre a través de la razón humana.

² NINO, C. S.: *"Introducción al análisis del Derecho"*. Ed Ariel Derecho, Barcelona 2001. Pg. 27-28

3. Solamente es “derecho” (ley positiva) aquel conjunto normativo elaborado por los hombres que se encuentre en concordancia con dichos principios.

Las diferencias conceptuales entre los seguidores del ius naturalismo se basan, principalmente, sobre los mismos supuestos en que descansa su doctrina. Según Nino³ las discrepancias más relevantes entre iusnaturalistas surgen respecto del origen de los principios morales que forman el “derecho natural”. Por lo anterior, distingue dos formas básicas de “teorías iusnaturalistas tradicionales”: 1. el *iusnaturalismo teológico*, cuyos representantes más importantes son los filósofos tomistas, que creen en el origen del derecho natural representado por Dios y creen que las leyes positivas deben derivarse del mismo; y 2. el *iusnaturalismo racionalista*, representado por los filósofos más representativos del iluminismo, quienes sostienen que el origen de los principios morales se encuentra en la estructura o en la naturaleza de la razón humana y así mismo han tratado de axiomatizar los principios autoevidentes, que permitían derivar el resto de las normas. Lo común a todas las teorías naturalistas, es que se desarrollan a partir de una teoría moral desde la cual, sostienen que se puede analizar mejor la forma de pensar y actuar en cuestiones jurídicas. La pregunta que enfrentan las teorías ius naturalistas es de orden moral: ¿cuándo se debe obedecer al Derecho y cuando según los principios es legítimo desobedecerlo?

³ NINO, C. S.: “*Introducción al análisis del Derecho*”. Ob. Cit. Barcelona 2001. Pg. 28

Luego de la segunda guerra mundial a mediados del siglo XX, han resurgido nuevas formas que sustentan criterios que bien pueden denotarse como neo-naturalistas; su fundamento es tan diverso, que en algunos casos existen enraizadas polémicas acerca de si determinada tesis corresponde o no al naturalismo, así ocurre por ejemplo con la doctrina de “*Los derechos en serio*” de R. Dworkin⁴. Lo que si debe anotarse desde ahora, es que todas las tesis nacientes en el siglo XX sobre el derecho natural, tienen sus raíces hincadas en el derecho como fenómeno social y su punto de partida no es otro que la defensa contra las duras críticas positivistas que se cernieron contra sus postulados durante toda la primera mitad del siglo XX. Pese a los avances y divergencias teóricas, la doctrina ius naturalista insiste, contrario a lo postulado por el positivismo, que no se puede hacer Derecho sin una previa revisión y evaluación moral.

1.3 El positivismo Jurídico

Según Prieto Sanchis *“El positivismo jurídico tiene una fecha conocida de nacimiento que viene a coincidir con un modelo de organización jurídica y política bastante preciso, que es el modelo postrevolucionario del Estado de Derecho basado en un concepto fuerte de soberanía, en la separación de poderes, en la codificación y el imperio de la ley, en la figura del juez “autómata...”*⁵. Como contraposición a toda la doctrina naturalista, nacerá para el mundo del

⁴ DWORKIN, R.: “*Los derechos en serio*”, Ariel, Barcelona. Traducción de Marta Gustavino. 2007.

⁵ PRIETO SANCHÍS, L.: “*Constitucionalismo y positivismo*”. Fontamara. México DF, 1997, Pg. 8

derecho en el siglo XIX y principalmente con las obras de J. Bentham y J. Austin⁶ la corriente positivista. No obstante el origen temporo-espacial de la concepción del “Derecho positivo” puede verificarse desde Aristóteles con la noción de “lo justo legal (*nomikón díkaion*)”, definida por contraposición a “lo justo natural”⁷

En consideración a dicha oposición, los defensores del positivismo en su totalidad parten de la negación de la necesidad de aceptar la existencia de una valoración moral anterior a la construcción de la norma positiva. En otras palabras la definición del derecho, no depende de consideraciones o propiedades valorativas de orden moral o de otro tipo; es decir que no existe una relación conceptual entre el derecho y la moral, no obstante puede existir cualquier otro tipo de relación entre ellos.

El positivismo jurídico toma fuerza desde la iusfilosofía y es consecuencia de fenómenos histórico-políticos asociados a las revoluciones liberales y a la consolidación del concepto de Estado moderno⁸. El Estado de Derecho, la separación de poderes, la soberanía nacional, los códigos y la propuesta de la primacía legal sobre las demás fuentes del derecho. “Sigo siendo firme partidario del

⁶ AUSTIN, J.: “*The Province of Jurisprudence Determined*” (Edición original 1832), Hackett, Indianapolis 1998

⁷ ARISTÓTELES.: “*Ética a Nicómaco*”, siglo V a. C. Traducción de M. Araujo y J. Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989. Pg. 81

⁸ VEGA, J.: “*Crisis del positivismo jurídico y fundamentación moral del Derecho*”, en: “*El positivismo Jurídico a examen*” .RAMOS PASCUA, J.A. – RODILLA GONZÁLEZ, Ed. M.A. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto, Ed. de la Universidad de Salamanca 2006. Págs. 968-969.

positivismo jurídico”, manifiesta Eugenio Bulygin⁹ que él “...consiste básicamente en la distinción entre la descripción del Derecho positivo y su valoración como justo o injusto. Esto implica varias cosas: en primer lugar, la distinción tajante entre la descripción y la valoración, lo que implica, a su vez, reconocer que la palabra “Derecho” no debe usarse como término laudatorio (cosa que hacen muchos autores), pues el Derecho es producto de la actividad humana y como tal puede ser bueno o malo, justo o injusto. En segundo lugar, esto implica negar que haya tal cosa como Derecho natural”.

Al igual que en las corrientes naturalistas el positivismo ha generado gran cantidad de teorías, tesis y adhesiones conceptuales de toda índole, la caracterización del derecho positivo de N. Bobbio es muy particular, ya que pretendió dar un contenido que resulta diferente del expuesto hasta entonces. A partir de tres premisas N. Bobbio explica que el derecho positivo debe ser en primer lugar, método o modo de aproximarse al estudio del Derecho. Como el Derecho es un conjunto de hechos sociales, entonces “*el jurista deberá estudiar dichos datos de la misma manera en la que el científico estudia la realidad natural, o sea, absteniéndose de formular juicios de valor*”¹⁰; la consecuencia de ello es la “teoría del formalismo jurídico” según la cual, “*la validez del Derecho está basada en criterios que conciernen únicamente a su estructura formal, prescindiendo de su contenido*”.

⁹ BULYGIN, E.: “*Mi visión de la filosofía del Derecho*”. Edición digital: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2011 N. sobre edición original: Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 32. Alicante 2009. Págs.85-90.

¹⁰ BOBBIO, N.: “*El positivismo jurídico*”, Traducción de R. de Asís y A. Greppi, Ed. Debate. Madrid 1993. Págs. 141-143.

En segundo lugar el positivismo jurídico debe ser entendido como teoría del Derecho. En ésta concepción según Bobbio deben incluirse cinco tesis a saber: a) tesis de la *coacción* en la cual “el iuspositivismo define el Derecho en función del elemento de la coacción”; b) tesis de la *legislación* como fuente principal del Derecho; c) tesis de la concepción *imperativista* de la norma jurídica pues ellas son mandatos; d) tesis de la *coherencia* referente a la inexistencia de antinomias, y la *plenitud* inexistencia de lagunas en el ordenamiento jurídico; e) tesis de la *interpretación mecanicista* de la norma que nos refiere al ideal del “juez-autómata¹¹”.

En tercer lugar el positivismo jurídico como ideología el cual se explica con la teoría del deber de obediencia incondicional a la ley positiva en cuanto tal (*Gesetz als Gesetz*).

No obstante lo anterior, las corrientes que con mayor organización y contenido lograron un desarrollo organizado y suficiente conceptualmente han sido 1) *El normativismo jurídico*, corriente dentro de la cual se destaca en primer lugar Hans Kelsen¹² por su ataque hacia las corrientes clásicas del naturalismo, en especial con una postura denominada *escepticismo ético*, según la cual no existen juicios morales objetivamente verdaderos, universalmente válidos y eternos (o bien que, en caso de que existieran, no podrían ser conocidos por el hombre mediante el empleo de la razón); y *Herbert*

¹¹ Ibídem Pg.143

¹² Es de resaltar la figura de G. F Puchta inventor de la pirámide.

Hart, quien por su parte se ha destacado por su contraposición constante a las corrientes contemporáneas del naturalismo y a quien se le adjudica ser fiel seguidor de la *ventaja metodológica* que implica poder distinguir entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, a los efectos de permitir la crítica moral de las instituciones vigentes. Y 2) *El realismo jurídico*, corriente que no solo ha hecho oposición al naturalismo sino al normativismo jurídico; dentro de ella se destacan los norteamericanos Pound, Llewelyn, Frank y Holmes; y los escandinavos Olivecrona y Ross.

1.3.1 El positivismo de H. Kelsen y el escepticismo ético.

Vale la pena a fin de establecer el surgimiento del debate de la discrecionalidad al interior de las diferencias históricas y epistémicas entre positivismo y naturalismo, revisar las más importantes posturas al respecto defendidas como se dijo anteriormente por H. Kelsen y H.L Hart, al final de las cuales se tendrá una noción clara del debate que nos ocupa en éste capítulo.

En su “Teoría pura del Derecho” Kelsen¹³ plantea como pretensión central, la idea de construir la naturaleza propia del Derecho, despojándole de cualquier elemento sociológico, moral y político; partiendo como se anotó, de un escepticismo ético. La norma positiva se convierte, en éste orden de ideas, en la herramienta que permite la definición de todos los elementos básicos y fundamentales del

¹³ KELSEN, H.: “*Teoría pura del Derecho*”. UNAM. México D.F. 1979.

Derecho, integrando así un ordenamiento jurídico en el cual la norma se convierte en un juicio de “deber ser”

Para Kelsen, la validez de las normas depende de que en el proceso de su elaboración se sigan los procedimientos establecidos previamente en la norma, y la misma indique los contenidos de una norma superior, a su vez, la norma superior debe ser válida, lo que quiere decir que debe sujetarse al procedimiento e indicar los contenidos de una norma superior y así sucesivamente de manera indefinida. Ahora bien, como los ordenamientos jurídicos no pueden ser infinitos o indefinidos, Kelsen dentro de su teoría traerá la existencia de una norma especial, a la que denomina: “norma fundante básica” (*Grundnorm*) del ordenamiento jurídico. De ella se deriva la validez de la primera constitución y del resto del ordenamiento jurídico.

Esta cadena normativa, es lo que llevó a construir el pensamiento de Kelsen a manera de pirámide, en cuyo vértice se encuentra la norma fundante básica, la cual forma parte del ordenamiento jurídico y ha sido uno de los puntos más debatidos de la teoría del autor¹⁴, sobre el particular debe decirse que el mismo Kelsen cambió la forma de concebirla y, no obstante las diversas formas no son objeto central de éste capítulo, baste con mostrar la forma como se concibe en éste aspecto específico el positivismo en la versión escéptica del mismo.

¹⁴ Un análisis detallado de estas cuestiones se puede encontrar en el libro que Juan Antonio García Amado ha dedicado íntegramente al tema. GARCIA, AMADO, J. A.: “*Hans Kelsen y la norma fundamental*”. Ed. Marcial Pons. Madrid 1996

Como se explicó antes, al principio el positivismo jurídico como teoría, parte, en esencia, de las críticas en contra de las posiciones iusnaturalistas; Kelsen, en su Teoría pura, realiza dos críticas principalmente. En la primera manifiesta que los iusnaturalistas confunden el mundo del ser con el del deber ser; lo anterior se explica al decir que no pueden confundirse dos tipos de leyes, las de la naturaleza que regulan el mundo físico, que son de carácter descriptivo; y las leyes que regulan el comportamiento humano, las cuales tienen un carácter prescriptivo en cuya virtud se indica al hombre lo que se debe o no hacer.

Básicamente esta primera crítica de Kelsen apunta a que una cosa es la existencia de algo y se describe mediante un juicio del ser y, otra, que deba ser de esa manera, esto último se puede expresar mediante juicios del deber ser. En definitiva, Kelsen establece que el iusnaturalismo salta entre juicios del ser y el deber ser de manera inaceptable, al pretender derivar de la realidad natural juicios morales; por lo tanto, es imposible que el iusnaturalismo infiera las leyes que forman el derecho natural de la naturaleza humana.

La segunda crítica de Kelsen al iusnaturalismo, se basa en la idea de la dependencia del derecho positivo en relación con el derecho natural; según el autor alemán, si el derecho natural puede ser derivado de la razón, y el derecho positivo debe ajustarse a él, en la sociedad bien podría aplicarse el derecho natural y así el derecho positivo perdería su razón de ser. El derecho natural, entonces, podría

aplicarse directamente para resolver los conflictos de intereses prescindiendo del derecho positivo.

1.3.2 H.L.A Hart y el positivismo metodológico

Hart no va a poner simplemente su empeño en responder a la pregunta ¿Qué es el Derecho? sino que de manera sistemática da respuesta a las siguientes consideraciones “¿En qué se diferencia el Derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas? ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? ¿Qué son las reglas, y en qué medida el Derecho es una cuestión de reglas?”¹⁵

En su obra máxima “El concepto de derecho” Hart, da respuesta a las tres preguntas anteriores, a partir de modelos simples, en virtud de los cuales el soberano es quien produce la norma y de ella se deriva todo el complejo mundo de los sistemas jurídicos. Lo que interesa de Hart en éste capítulo es la forma cómo el autor del concepto del derecho, entra a hacer una crítica sobre éstos modelos simples y cómo de allí parte su teoría.

Para dar respuesta a los interrogantes anteriores y a partir de las funciones que deben cumplir las reglas en los sistemas jurídicos, Hart plantea la existencia en el mundo del derecho de lo que denomina

¹⁵ Con respecto a la obra de Herbert Hart, debe precisarse que han sido utilizados los originales en inglés y la edición en castellano: HART, H.L.A.: “*The Concept of Law*”. (Edición original 1961), Oxford University Press, Oxford 1988. Pg. 16. HART H.L.A.: “*El concepto de derecho*” Traducción de Genaro R. Carrió. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2009

Reglas primarias y reglas secundarias Las primeras, se ocupan de “las acciones que los individuos deben o no hacer”. Las reglas secundarias, a su vez, pueden ser de tres clases: de adjudicación, que proveen de un mecanismo para determinar si una regla válida es o ha sido violada; de cambio, que permiten a la sociedad crear, remover y modificar normas válidas, y, tercero, de reconocimiento que “especificará características cuya posesión por una regla sugerida se considera como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo”¹⁶

En cuanto a la regla de reconocimiento, explica Hart que en los modelos simples, que parten de la idea de un soberano unipersonal o grupal, del cual emana la norma, existen una serie de inconvenientes que no pueden ser dilucidados fácilmente, el más importante de los cuales, es la identificación de un sistema jurídico. El modelo simple está soportado en que una orden o norma, forma parte del Derecho cuando la emite el soberano directamente o por encargo de él mismo. Según esta lógica, existen diversos sistemas jurídicos en la medida en que varios soberanos confluyen y cada uno de ellos genera su propio sistema.

El modelo simple es criticado por Hart, principalmente por los siguientes aspectos:

1. ¿Qué ocurre con la continuidad de un sistema jurídico cuando el soberano debe ser reemplazado?

¹⁶ Ibídem Pg. 92

2. ¿Debe existir persistencia temporal de las normas emitidas por un soberano cuando el mismo es sucedido por otro?

3. Finalmente la crítica recae en la manifestación según la cual, en los sistemas jurídicos reales no puede identificarse ningún soberano independiente y supremo habitualmente obedecido, puesto que las legislaturas o el electorado, únicos candidatos posibles en las modernas democracias, no pueden entenderse en esos términos.

Frente a las críticas del positivismo maximalista, Hart publicaría en un artículo en 1980¹⁷ sobre la reformulación del pensamiento positivista y sus paradigmas, artículo que ha sido tal vez el de mayor influencia al respecto en su obra, basado en su obra máxima el “concepto del derecho.” En él Hart propondrá reducir la doctrina positivista a tres tesis específicas:

Primera tesis: La separación conceptual entre Derecho y Moral. Frente a ésta tesis manifiesta que *“Aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el Derecho y la Moral, de modo que comúnmente hay una coincidencia o solapamiento de facto entre ellas (...), tales enlaces son eventuales, no necesarias lógicamente ni conceptualmente”*¹⁸. Al igual que en el pensamiento de Bentham cuando hace la distinción entre “jurisprudencia expositiva”, que se ocupa del Derecho que es, y “jurisprudencia censoria”, dedicada al Derecho que debería ser; así

¹⁷ HART, H.L.A.: *“El nuevo desafío al positivismo jurídico”*, traducción de L. Hierro, F. Laporta y J.R. Páramo, Sistema, Número 36. Edición de mayo. Madrid, 1980. Pg. 3

¹⁸ *Ibíd*em Pg. 4

mismo Austin¹⁹ con su manifestación de que *“la subsistencia del Derecho es una cosa; su virtud o demérito, otra”*

En el concepto de Derecho Hart había utilizado ya el mismo argumento sosteniendo en éste sentido *“usaremos la expresión “positivismo jurídico” para designar a la perspectiva según la cual no es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes reproduzcan o satisfagan ciertas pretensiones de la moral, no obstante de hecho sí las han irradiado con frecuencia”*²⁰ y, más adelante, que *“no cabe negar que el progreso del Derecho, en todos los tiempos y terrenos, ha estado de hecho profundamente influenciado por los ideales y arreglos morales de los grupos sociales”*²¹.

En éste punto, al igual que Kelsen, sostiene que el hecho de que se encuentren ciertas normas morales con el concepto de derecho no quiere decir que ellas hagan parte de su concepto, por tanto, la juridicidad de una norma no puede depender, en principio, de la satisfacción o no de determinados requisitos éticos²² cosa distinta es la validez de las normas en las denominadas “reglas de reconocimiento” las cuales puedan remitir a valores o principios morales, que condicionan la validez de una norma jurídica a que sea aceptada moralmente.

¹⁹ HART, H.L.A.: *“The concept of law...,”* Ob. Cit. Oxford, 1988. Pg. 181

²⁰ *Ibíd*em Pg. 182

²¹ *Ibíd*em Pg. 181

²² KELSEN, H.: *“Teoría pura del Derecho”* (ed. de 1960), Traducción de R. Vernengo, UNAM, México D.F 1982. Pg. 81.

En *El concepto de Derecho* Hart se propone rescatar lo que resulta aprovechable del iusnaturalismo, por ello trabaja sobre el “contenido mínimo de Derecho natural”, y no de su total abolición, solo que trabaja sobre el naturalismo racional y no sobre el teológico²³. Sobre ésta base se construye una sociedad de hombres que aspiran a vivir lo más posible²⁴, de donde se puede deducir que el pensador inglés no deshecha por completo, la inspiración en un naturalismo racionalista que le lleva a una relación entre el precepto moral y jurídico no tan rígida como la expresada en el positivismo clásico. Con todo, se puede conectar a Hart desde una serie de contenidos mínimos de todo sistema jurídico: normas restrictivas de la violencia intragrupos²⁵, sanciones²⁶, formas mínimas de propiedad²⁷, etc.

Segunda tesis: Las Fuentes sociales del Derecho. En palabras suyas, “*para que el Derecho concorra, deben existir prácticas sociales que contengan a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social establece lo que en cualquier sistema jurídico dado son los orígenes últimos del Derecho, los criterios o tests últimos de validez jurídica*”²⁸. Esta es la consigna que de manera lógica vincula a Hart con el positivismo Jurídico, y a diferencia con Kelsen que argumentaba sobre el particular que “el Derecho podría tener cualquier contenido”²⁹; en este sentido, la “convencionalidad” del Derecho toda su

²³ HART, H.L.A.: “*The Concept of Law...*,” Ob. Cit. Oxford, 1988 Pg.184

²⁴ *Ibidem* Pg. 188-189.

²⁵ *Ibidem* Pg.190.

²⁶ *Ibidem* Pg.193.

²⁷ *Ibidem* Pg.192.

²⁸ HART, H.L.A.: “*El nuevo desafío al positivismo jurídico...*,” Ob. Cit. Madrid 1980. Pg. 5.

²⁹ KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho...*,” Ob. Cit. Buenos Aires, 1989, Pg. 136.

procedencia respaldada en las “fuentes sociales” genera la autorreferencialidad o autopoiesis sistémicas: El mismo derecho se define desde su validez jurídica, que implica reconocer a una norma como perteneciente al sistema a través de la ya explicada “regla de reconocimiento”³⁰ que según el autor “*su presencia es mostrada por la forma en que son equiparadas las normas específicas, bien por los tribunales y otras entidades, bien por los particulares o sus asesores*”³¹ con la autorreferencialidad el derecho positivo en la postura de Hart, se desliga totalmente de las concepciones iusnaturalistas así, pues, la validez de una norma dependerá de criterios estrictamente jurídicos, definidos por el propio Derecho.

Tercera tesis: La Discrecionalidad judicial. Al respecto afirma: “En todo sistema jurídico habrá perenemente ciertos casos no previstos y no regulados reglamentariamente (...) y, en consecuencia, el Derecho es parcialmente indeterminado o incompleto. (...) El juez (...) en tales casos “difíciles” (...) debe ejercitar su discrecionalidad y establecer Derecho para el caso, en lugar de aplicar escuetamente Derecho ya existente y determinado, aunque al hacerlo pueda muy bien estar sujeto a muchas cortapisas jurídicas que limitan su elección (...)”³². Esto es lo que la escuela del positivismo jurídico ha llamado la aceptación de la “incompletud” y la indeterminación³³ del sistema jurídico y por consiguiente la figura en su interior de la discrecionalidad judicial la aceptación de la discrecionalidad judicial en Hart, rompe la

³⁰ HART, H.L.A.: “*The Concept of law...*,” Ob. Cit. Oxford 1988. Pg. 92-93.

³¹ *Ibidem* Pg. 98.

³² *Ibidem* Pg. 5-6.

³³ *Ibidem* Pg. 120 y ss.

base del positivismo tradicional y sus dos cimientos fundamentales, la integridad del ordenamiento y la idea subsuntiva de la función jurisdiccional.

1.3.3 Génesis del debate de la discrecionalidad

En consecuencia, bajo las directrices del positivismo reflejado en los aspectos específicos extractados de las obras de Hart y Kelsen ya dichos, se pueden extraer algunas conclusiones iniciales que ubican éste trabajo en el punto de partida en donde el derecho toma conciencia del concepto de discrecionalidad judicial.

En efecto, puede observarse que bajo la visión positivista, no hay otro derecho que el “positivo” creado bajo la forma de normas legales, en donde al jurista se le exige una postura estrictamente dogmática ante la ley.

Además, el conocimiento, dada la estructura de la época de su mayor auge s. XVIII Y XIX es y debe ser estrictamente científico y relativo al pensamiento naturalístico. Sin duda es el modelo “perfecto” de las ciencias físico-naturales lo cual obliga al jurista a adoptar un modelo que lo lleve a apartarse de cualquier relación de naturaleza política, ética, axiológica y filosófica. Ese pensamiento exige como estructura para el intérprete del Derecho la formulación de un silogismo, en virtud del cual la premisa mayor es la ley, la premisa menor el hecho y, la

conclusión, son consecuencias dispuestas por la misma ley³⁴. Lo anterior permite un modelo que posibilita la objetividad y la rigurosidad del saber teórico. La consecuencia era dilucidada de manera mecánica, y al juez le está vedada la posibilidad de aplicar en el fallo cualquier sentido de justicia personal, pues su labor estaba restringida a la subsunción.

Según Savigny la interpretación jurídica debía consistir en “la reconstrucción del pensamiento del legislador”³⁵ y R. V. Ihering denominaría la interpretación como “jurisprudencia inferior dado que ella no crea nada nuevo, ni puede hacer nada más que poner en claro los elementos jurídicos sustanciales ya existentes”³⁶

Así las cosas, el sometimiento a la ley y al modelo silogístico imperaban en el positivismo teórico por obligación y por necesidad, debido a que el derecho como opción solamente tenía la de adherir al modelo científico para ser considerado dentro del ámbito del conocimiento científico.

No obstante los esfuerzos del positivismo desde los inicios de su concepción, recaerían sobre él una serie de críticas que se sustentan sobre la base de sus más importantes postulados. Las insuficiencias

³⁴ En el mismo sentido véase VIGO, R. L.: “*Interpretación Jurídica (Del modelo Iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*”. Ed. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 1999. Pg 19 y ss

³⁵ SAVIGNY, F. C.: “*Sistema de Derecho Romano actual, en la ciencia del Derecho*”. Ed. Losada. Buenos Aires, 1949, Pg. 2

³⁶ IHERING, R.V.: “*Espíritu del Derecho Romano en las diversas etapas de su desarrollo, en la dogmática jurídica.*” Losada. Buenos Aires 1946 Pg. 132

más importantes que se pueden señalar en el positivismo jurídico y a la dogmática se pueden resumir de la siguiente manera:

1. La interpretación jurídica está limitada a la norma jurídica de tal forma que el intérprete solamente debe, como se dijo antes, reproducir el pensamiento del legislador.
2. El saber jurídico-positivista debe asemejarse, como bien lo anota Vigo³⁷ “a los saberes matemáticos” alejándose por completo del obrar humano, más ligado al saber práctico como lo evidenciarían posteriormente la tópica de Teodor Viehweg, la nueva retórica de Chaim Perelman, y la dialéctica de Willy. Sobre éste tema se volverá en el siguiente capítulo.
3. Para el modelo dogmático, la única fuente de derecho es: La ley, no se pueden considerar otras fuentes. En el caso específico del debate actual, los principios no son una simple fuente formal e informadora del Derecho, sino que el jurista puede derivar de ellos una solución a casos concretos.
4. La necesidad de una argumentación suficiente que justifique las decisiones jurídicas. Según Atienza³⁸ en el derecho actual no es sostenible el determinismo metodológico (las decisiones jurídicas no necesitan ser justificadas por que proceden de una autoridad legítima y son el resultado de simples aplicaciones de normas generales) ni el decisionismo metodológico (las decisiones jurídicas no se pueden justificar porque son puros actos de

³⁷ VIGO, R.L.: “*Interpretación Jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas...*,” Ob. Cit. Buenos Aires, 1999. Pg. 26

³⁸ ATIENZA, M.: “*Las razones del derecho*”. Centro de estudios constitucionales, Madrid 1991. Pg. 25

voluntad) La democracia exige actos de justificación de parte de los organismos que ejercen el poder.

5. En el modelo dogmático los jueces son intrascendentes, se presentan como la voz de la ley sin posibilidades de transformar o reconducir según su criterio el resultado de los casos específicos.

De las críticas al positivismo primigenio como modelo científico, y de las posturas de algunos de los más ilustres representantes de ésta línea de pensamiento, termina por concretarse una base teórica que descansa sobre tres presupuestos fundamentales como bien lo anota H. Hart³⁹ 1. La separación conceptual entre Derecho y Moral, 2. Las fuentes sociales del Derecho y 3. La discrecionalidad judicial.

Para autores como Aarón Segura Martínez⁴⁰, *“... el marco conceptual que rodea al tema encuentra su fundamento y despliegue a partir de las críticas al paradigma del positivismo legalista en lo referente a su postulado sobre la completitud del sistema jurídico en relación a la previsión fáctica contenida en sus textos normativos”*.

³⁹ Del mismo concepto HART, H.L.A. en: *“El nuevo desafío al positivismo jurídico...”*, Ob. Cit. Madrid 1980. Pg. 4

⁴⁰ SEGURA MARTÍNEZ, A.: *“Apuntes sobre la discrecionalidad en la aplicación judicial del derecho”* Revista Derecho en libertad. Número 4. Disponible en: http://fldm.edu.mx/pdf/revista/no4/apuntes_sobre_la_discrecionalidad_en_la_aplicacion_judicial_del_derecho.pdf. Fecha de consulta: marzo de 2013. Revista: Derecho en Libertad; Este artículo es un extracto de la tesina titulada *“La Discrecionalidad Judicial: Elementos para su Análisis”* que para obtener el grado de Maestro en Derecho Público sustentó el autor. México 2010.

Como aquí interesa es presentar teóricamente de dónde surge el debate de la discrecionalidad, se omiten las críticas de Dworkin al positivismo en lo que atañe a las fuentes sociales del Derecho y a la separación irrestricta del derecho con la Moral, a tal efecto se acude a la postura de éste último en contra de la discrecionalidad judicial planteada para el positivismo por Hart pues éste debate permite establecer sin duda alguna las fuentes primarias de la discrecionalidad judicial.

Según R. Dworkin la idea de que los jueces actúen con discrecionalidad debe ser rechazada de plano en el Derecho para solventar un “caso difícil”. Contra la discrecionalidad judicial, según él, recaen dos grandes objeciones político-morales. En efecto, en primer lugar si el juez resuelve un caso de manera discrecional, crea Derecho nuevo⁴¹ de tal forma que si los jueces no están legitimados democráticamente para ejercer como “legisladores vicarios (*deputy legislator*)”; tanto la democracia como la división de poderes resultan en últimas lesionadas⁴². En segundo lugar, si los jueces “crean Derecho” para resolver casos difíciles, se violan tanto el principio de legalidad como los principios de irretroactividad y favorabilidad de la ley, ya que la norma no existía cuando ocurrieron los hechos⁴³.

Además, frente a la tesis reduccionista de que el Derecho sea o no suficiente para resolver casos difíciles Dworkin manifiesta: “*Lo que es*

⁴¹ DWORKIN, R.M.: “*Casos Difíciles*” en “*Los derechos en serio*” Ob. Cit. Barcelona 2007. Pg. 81.

⁴² *Ibidem* Pg. 84.

⁴³ *Ibidem* Pg. 84.

*incompleto no es el Derecho, sino la imagen que el positivista tiene de él*⁴⁴. Y de regreso a un pensamiento naturalista, señala que el juez no debe crear derecho nuevo, sino recurrir al razonamiento político-moral y a los principios.

Así las cosas, si las reglas no son suficientes, en una visión holística el juez producirá una respuesta única al caso, no de la selección de varias, sino la formulada por un juez-filósofo⁴⁵ ideal (Hércules) capaz, de abarcar todo el sistema normativo y además de “construir una teoría constitucional”⁴⁶, todo dentro del marco del Derecho-como-integridad.

1.3.4.1 El problema concreto de la discrecionalidad y los casos difíciles en el derecho

Queda sentado, entonces que para el positivismo Hartiano, la discrecionalidad judicial, se erige como uno de sus pilares básicos, el sustento del positivismo para la incorporación de dicho concepto se puede explicar de la siguiente manera. Para la construcción de las reglas que deben ser cumplidas por un determinado grupo se debe utilizar el lenguaje comúnmente utilizado por ese grupo, de tal forma que no solo en su proceso constructivo, sino en el momento de su

⁴⁴ HART, H.L.A.: “*Postscript*”, en: “*The Concept of Law*” editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz. Clarendon Press. Oxford 1994. Pg. 272.

⁴⁵ En el mismo sentido PÉREZ LUÑO, A.E. en: “*El desbordamiento de las fuentes del Derecho*”. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Sevilla, 1993, Pg. 42.

⁴⁶ DWORKIN, R.M.: “*Casos difíciles...*,” en: *Los derechos...*,” Ob. Cit. Barcelona 2007. Pg. 106.

aplicación, el lenguaje sea impermeable a diferentes acepciones y además sea comprendido por todos los miembros de esa comunidad. En el Derecho Penal, ya desde la obra de Beccaría, se podía establecer que el lenguaje utilizado en la ley para los miembros de una comunidad, debería ser el utilizado por esa comunidad de manera corriente.

Para Hart, éste constructo lingüístico está constituido por lo que él denomina -las palabras concepto-, las cuales permiten formular las reglas. En algunos casos, las palabras concepto, no constituyen problemas de vaguedad o imprecisión en su aplicación e interpretación, no obstante existen casos en los cuales las palabras concepto pueden ser objeto de diversas interpretaciones en su aplicación, sobre ésta problemática el positivismo reconoce abiertamente que existen las denominadas zonas de penumbra de toda palabra-concepto que pertenece al lenguaje usual utilizado.

Si por ejemplo, la ley utiliza la palabra-concepto “nave” se podría pensar, que en principio dicha acepción tiene un significado claro en el que encajan, botes, lanchas, barcos etc. No obstante ante una tabla de surf, se podrían presentar diferencias, es posible que para algunos la tabla sea una nave, pero para otros no. Por ello como desde el punto de vista lingüístico no se puede emitir una solución correcta, por se está ante una zona de penumbra.

Las reglas jurídicas permiten resolver todos los casos que caen en el núcleo del significado de las palabras, éstos son los denominados

casos fáciles; sin embargo hay casos que caen en la zona de penumbra, como son los denominados casos difíciles. Inevitablemente, el juzgador ante un caso difícil, debe elegir entre varias opciones apelando por lo general a consideraciones extrajurídicas; en principio ésta práctica constituye en principio lo que se conoce como “*discrecionalidad judicial*”.

Éste concepto que se verá a continuación en detalle, suscitaría en el Derecho del siglo XX una serie de debates y confrontaciones de amplio interés jurídico, que para el caso específico del derecho penal serán tratados en el siguiente capítulo de éste trabajo, por ahora nos ocuparemos de centrar el concepto y sus elementos a partir de la doctrina dominante.

1.3.4.2 Discrecionalidad y arbitrariedad

Antes de buscar la aproximación al concepto y límites de la discrecionalidad judicial vale la pena zanjar la diferencia entre ésta y lo que se ha entendido por arbitrariedad. Según el diccionario de la lengua española⁴⁷, en su acepción específica frente a la norma, por arbitrariedad debe entenderse la “*Forma de actuar contraria a la justicia, la razón o las leyes, dictada por la voluntad o el capricho*”. Así las cosas, ha de entenderse el término arbitrariedad, como un comportamiento contrario a la ley a voluntad o capricho de alguien, no necesariamente de aquel que tiene la investidura de juez, como un comportamiento diferente frente la discrecionalidad judicial; porque

⁴⁷ Diccionario de la lengua española 2005 Espasa-Calpe

como se verá a continuación, ésta última goza de unas características que le son propias y por ende le enmarcan en un preciso margen de acción. Sin embargo, *a priori* puede sentarse la más importante diferencia entre ambos conceptos, diciendo que precisamente la voluntad de contravenir la justicia y/o la ley, no se hace presente en la discrecionalidad judicial, dado que ésta como se verá, emerge cuando precisamente no existe derecho aplicable en el caso concreto.

Ahora bien, debe destacarse así mismo, que en materia judicial la desobediencia voluntaria al precepto legal, como un hecho consiente, acarrea las consecuencias penales contenidas por los tipos de prevaricato o prevaricación. Este no es el caso, porque en el trabajo que se desarrolla a continuación, se parte de la premisa de la discrecionalidad del juez en casos concretos.

De otro lado, debe recalcarse que la discrecionalidad según su definición y límites, no debe ser entendida como arbitrariedad ni siquiera en los casos de antinomias, porque en ellos, la actuación judicial de un lado no contraviene por la voluntad humana el precepto legal, y por otro, no se presenta como un simple acto individual de voluntad.

Finalmente, debe precisarse que lo importante en éste trabajo corresponde a la discrecionalidad del juez y no del administrativo, dado que en el ámbito de la administración del Estado, la diferencia entre ambos conceptos suele ser de otro tenor, dado que la discusión allí, se centra principalmente entre el principio de racionalidad de sus

actos, y el acto arbitrario. Lo anterior, debido a que la decisión discrecional en la administración es común pero, ha de estar apoyada en la racionalidad y en la legalidad del acto. Este fenómeno también conocido como interdicción de la arbitrariedad, supone de la administración pública, decisiones racionales y congruentes. En detalle lo explica Rodríguez Arana-Muñoz,⁴⁸ cuando manifiesta que: *“En concreto, la diferencia entre arbitrariedad y discrecionalidad es bien clara para nuestros tribunales. En ese sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears señaló en su sentencia de 5 de febrero de 1994 que la discrecionalidad viene respaldada por una determinada fundamentación, bien que una cosa puedan ser las razones exteriorizadas y otra muy distinta las razones mismas. Por ello la revisión jurisdiccional ha de penetrar hasta las entrañas de la decisión para examinar los hechos que la determinan y su uso proporcionado y racional por tanto la primera consecuencia de extraer de la interdicción de la arbitrariedad es la necesidad insoslayable de valorar la racionalidad de la medida”*

⁴⁸ RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ, J.: “Derecho administrativo español. Tomo I” Ed. Netbiblo. La coruña 2008 Pg. 75 y 76

2. El concepto y las características de la discrecionalidad judicial

Este trabajo recae sobre la discrecionalidad judicial y su verificación e incidencia al interior de las diferentes corrientes del derecho penal. Como se verá en el siguiente capítulo y desde ahora se avizora, la problemática que encierra la discrecionalidad judicial en materia penal, no es propia del positivismo o del naturalismo; tampoco es producción de los últimos tiempos y teorías; de igual forma se mostrará cómo la discrecionalidad judicial para algunos es necesaria, para otros es innegable su existencia y para un grueso grupo de la doctrina mundial, se deben hacer todos los esfuerzos tendientes a su minimización y control.

Por ahora nos ocuparemos de su definición en el ámbito del Derecho en general y de sus características.

2.1 Que es y en qué consiste la discrecionalidad judicial

Al respecto de la definición y características de la discrecionalidad judicial, son muchas las líneas que se han escrito y muchas las posiciones que se han asumido; sin embargo, si se hace un juicioso análisis de las diferentes posturas que ha desarrollado la doctrina, se pueden encontrar sobre el particular algunos puntos comunes, que permiten delimitar sus características y dar buena cuenta de su contenido.

Sobre los puntos comunes en primer lugar, se deben citar las dudas que sobre el concepto de la discrecionalidad han surgido a lo largo de la historia y dentro de las diferentes teorías. En particular sobre la discrecionalidad judicial surgen dudas como ¿qué es y en qué consiste la discrecionalidad?, ¿cómo surge o cuando se puede decir que un órgano tiene discrecionalidad?, ¿Cuál es su origen y cuáles son sus fuentes? Así mismo, el mundo jurídico se ha preguntado ¿cómo debe ejercerse la discrecionalidad y cómo se controla? también, subyace la pregunta sobre, si ¿la discrecionalidad judicial es un problema del procedimiento o del Derecho sustancial?

Sobre esas dudas cabe resaltar que para las culturas jurídicas continental-europea y anglo-sajona, no existen mayores diferencias, podemos afirmar que son de idéntico tenor así las posturas sean diversas.

Ahora bien, así como existen lugares comunes con respecto a las dudas, también en el proceso de respuesta teórica acerca de ¿qué es la discrecionalidad judicial y cuáles son sus características?, se han logrado dilucidar, si bien no respuestas que satisfagan a todos, por lo menos puntos sensibles de encuentro, los cuales se pueden establecer a partir de algunas posturas doctrinarias tal y como se muestra a continuación.

Uno de los enemigos más solapados de los principios del Estado de Derecho, advierten Julio Virgolini y Mariano Silvestroni,⁴⁹ en la práctica judicial, “... *está representado por una serie de espacios de decisión que suelen ser llenados con la llamada discrecionalidad de los Jueces, término que intenta describir un ámbito en el que reina un conjunto de poderes y facultades no sometidas a regulación, y por lo tanto sometidas exclusivamente al criterio del Juez; en ese ámbito no hay reglas que contribuyan a orientar ese criterio, salvo cierta remisión, a veces, a los usos y costumbres de la función.*” Así mismo Rafaél Asís⁵⁰ sostiene que “*aunque ni las disposiciones que enumeran las fuentes del Derecho ni una parte importante de los operadores jurídicos consideran que los jueces crean Derecho, esto parece ser un hecho*” Dentro de la misma sucesión de ideas, pero tratando de concretar sus elementos señala Lifante⁵¹ que “*resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad implica un cierto margen de libertad en la toma de decisiones*”. En términos más precisos aún, el minucioso estudio del profesor Oscar Duque Sandoval⁵² sobre la

⁴⁹ VIRGOLINI, J - SILVESTRONI, M.: “*Unas sentencias discretas. Sobre la discrecionalidad judicial y el Estado de Derecho*”. Revista Justicia para crecer. Revista especializada en justicia juvenil restaurativa. Número 2. Disponible en: http://www.justiciajuvenilrestaurativa.org/jpc/justicia_para_crecer_2.pdf. Fecha de consulta septiembre 2012. Lima 2006.

⁵⁰ ASÍS ROIG, R.: “*Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento.*” Ed. Marcial Pons. Madrid, 1995. Pg. 281.

⁵¹ LIFANTE VIDAL, I.: “*Dos conceptos de discrecionalidad jurídica.*” Revista Doxa Número 25 Madrid, 2002. Pg. 416-418

⁵² DUQUE SANDOVAL O.: “*Concepciones del Derecho y Discrecionalidad Judicial.*” Revista Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 7, 2007 Pg. 59-106. Éste trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación Universalidad y universalización de los Derechos Humanos. El papel de la justicia constitucional en el proceso de positivización que desarrollan en forma conjunta el Grupo de Investigación en Estudios Sociopolíticos (GIESP) de la Universidad Autónoma de Occidente (Colombia) y el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid (España), y en el cual participan como investigadores los

discrecionalidad judicial, cuando cita a Aulius Aarnio⁵³ en un intento por concretar los parámetros del debate sostiene que “... *En el fondo, el debate se centra en si el Derecho suministra siempre una única respuesta correcta, tesis de la completitud del Derecho o, por el contrario, se presentan eventos en los que o existen diversas soluciones jurídicas para un mismo supuesto o no existe ninguna solución jurídica para un asunto determinado, lo que implica, en ambos casos, que el juez deba escoger entre alternativas determinadas por criterios extrajurídicos*”.

Así las cosas, si se parte de lugares teóricos comunes, de lo dicho se puede colegir que discrecionalidad es “libertad dentro de un margen indeterminado del Derecho, para la toma de decisiones”, y que esa libertad, siguiendo a Lifante⁵⁴, consiste en:

- A. La elección entre varias alternativas, es decir, elegir entre dos o más cursos de acción.
- B. La ausencia de estándares jurídicos aplicables, “*Donde termina el derecho comienza la discrecionalidad*” y así podemos afirmar sobre el particular que discrecionalidad es: ausencia de regulación para determinados casos.

profesores Rafael de Asís Roig, Francisco J. Ansuátegui Roig, Mara Eugenia Rodríguez Palop, Javier Dorado Porras, Francisco J. Gutiérrez Díaz, Luis Freddyur Tovar. Santiago de Cali 2007.

⁵³ AARNIO, A.: “*Lo racional como razonable*”. Centro de Estudios Constitucionales.” Madrid 1991. Pg. 31, 32, 34, 35, 209, 210.

⁵⁴ LIFANTE VIDAL, I.: “*Dos conceptos de discrecionalidad jurídica...*”. Ob. Cit. Madrid, 2002. Pg. 422-425

Con respecto al punto B. si no hay norma el sujeto debe actuar sobre razones que considera correctas o esta libertad es relativa a un determinado sistema (el sistema jurídico), el órgano puede estar sujeto a un tipo de “racionalidad practica” o finalmente establecer que estamos frente a una ausencia total de enjuiciabilidad o carácter último de la decisión. Lo anterior no tiene ninguna relación con lo que entendemos como una segunda instancia.

Sobre el origen de la discrecionalidad ha de tenerse en cuenta como lo anota así mismo Lifante que no basta con que se dé esa decisión, sino que ella debe ser legítima. Bell⁵⁵, a su vez, asegura que dicha legitimación se presenta de dos formas:

- A consecuencia de conceder un poder; es la llamada discrecionalidad fuerte o explícita.
- A manera de ausencia, indeterminación o vaguedad del derecho o del material jurídico. Es la llamada discrecionalidad informal, instrumental o implícita.

En el positivismo, éste orden de legitimación está claramente establecido. Para H. Kelsen existe una relación entre escalones de determinación, pero con un margen de libre aplicación para el órgano aplicador verificable desde dos aspectos: Intencional cuando la norma faculta explícitamente al órgano aplicador para cubrir la indeterminación; y No intencional por defectos que afectan a las

⁵⁵ BELL, J.: “*Discretionary Decition-Making a Jurisprudential.*” Ed. Keith Hawkins. *The uses of discretion.* Clarendon press. Oxford 1992. Pg 89-111.

normas jurídicas, Para H. Hart hay dos tipos de indeterminación: Semántica, que se manifiesta por imperfecciones en el uso del lenguaje y Radical, por la imposibilidad de prever todos los casos y sus soluciones al caso concreto.

Así las cosas, de acuerdo a lo anterior, se puede afirmar que la discrecionalidad judicial es, desde el punto de vista epistemológico, un cierto margen de libertad en la decisión judicial producido por la indeterminación del Derecho.

2.2 Características de la discrecionalidad judicial

De las diferentes posiciones doctrinales acerca de la discrecionalidad judicial, se puede concluir que surgen específicamente tres lugares conceptuales que bien se pueden llamar tópicos o comunes: de un lado la libertad en la decisión; de otro, la indeterminación del derecho; y finalmente la noción de poder. A continuación se hace referencia a cada uno de ellos asumiéndolos como características de la decisión discrecional.

2.2.1 la libertad en la decisión

¿A qué se refiere la doctrina cuando hace referencia al margen de libertad? Allí radica uno de los puntos de partida del gran debate en torno a la discrecionalidad. Por lo anterior, vale decir que juega un papel muy importante el concepto de libertad, de acuerdo con ello

Lifante señala, que según la distinción de Berlín⁵⁶, la libertad se debate entre dos conceptos: uno negativo y otro positivo, en el primero un hombre actúa sin ser obstaculizado por otros y en el segundo un hombre goza de autonomía según las reglas que se da así mismo; por tanto el sujeto difiere entre permiso y responsabilidad, así, sostiene que todos ven la libertad en la discrecionalidad como negativa; sin embargo para ella, la libertad de la discrecionalidad es positiva.

De otro lado, debe tenerse en cuenta el concepto de libertad con el tercero el cual ha sido entendido de dos maneras distintas:

- A. Como falta de control o enjuiciamiento del tercero en la decisión discrecional. Según H. Hart el hecho de que la decisión sea última, no significa que sea infalible, por eso no es correcto en estos casos hablar de discrecionalidad.

- B. Así mismo, si una decisión es discrecional, precisamente no puede estar sujeta a control; esta es la discrecionalidad propia del derecho administrativo. Según Lifante si la decisión es libre, no cabe sobre ella control alguno: el ordenamiento le concede “permiso” y por tanto no hay reproche alguno.

⁵⁶BERLIN I: *“Dos conceptos de Libertad”* Traducción de Julio Bayon, (Original de 1958) En: cuatro ensayos sobre la libertad. Ed. Alianza. Madrid, 1988. Conferencia inaugural de la cátedra “Chichele” de teoría social y política en Oxford 1958. Disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/IV_1.pdf. Fecha de consulta febrero 7 de 2012.

Ahora bien, la libertad en la decisión discrecional, no debe presentarse como cierta, pues la misma constituye un acto aleatorio, futuro e indefinido⁵⁷, porque hasta tanto no se presente la eventualidad dentro de la cual el juez debe actuar discrecionalmente, no es posible determinar a ciencia cierta, el motivo de la decisión discrecional. Por tanto, no es posible determinar los límites de la libertad en la decisión discrecional, pues su principal característica, es que ésta se presenta ante una eventualidad que precisamente el ordenamiento jurídico no ha previsto, ya que de haberlo previsto estaría contemplada la solución en la norma. Por tanto, para determinar cuándo el juez es libre en su decisión, es imprescindible establecer cuando y en qué eventos el Derecho es indeterminado, porque es ahí donde la libertad en la decisión hace presencia.

2.2.2 La indeterminación del derecho

Al respecto de la indeterminación del derecho, bien vale la pena transcribir las palabras de Rentería cuando manifiesta: “...*cuando de alguien decimos que tiene discrecionalidad en sus acciones, ello significa nada más y nada menos que, él (o ella) tiene la posibilidad de escoger entre diferentes alternativas acerca de la estrategia para conseguir un determinado fin*⁵⁸.” Sobre ésta afirmación puede edificarse el tema que en éste acápite del trabajo interesa, que es identificar y desarrollar una de las características de la

⁵⁷ LIFANTE VIDAL, I.: “*Dos conceptos de discrecionalidad jurídica...*”. Ob. Cit. Madrid, 2002. Pg. 423

⁵⁸ RENTERÍA, A.: “*Discrecionalidad judicial y responsabilidad.*” 3ª edición, Ed. Fontamara. Ciudad de México, 2001. Pg. 37.

discrecionalidad judicial; si se quiere: la “fundamental”, que ha sido objeto de grandes controversias desde finales del s. xix y que retomó su furor a mediados del s. xx “la indeterminación del derecho”.

De manera preliminar, se debe hacer sobre el particular una aclaración, puesto que la indeterminación del derecho presenta dos cuestiones a saber: la primera versa sobre si es o no indeterminado el Derecho, cuestión sobre la cual se ha tomado partido en acápite anterior de manera asertiva, en virtud a que la base de ésta investigación parte de la hipótesis de la presencia de la discrecionalidad en las decisiones judiciales en el ámbito del Derecho penal. Y la segunda, debe responderse sobre: ¿cuáles son las causas que generan dicha indeterminación? A tratar de dar respuesta a ésta cuestión, se dedican las páginas siguientes.

Alchourron y Bulygin⁵⁹ explican frente a la subsunción del hecho en la norma dos problemáticas particulares: una de ellas referida a la falta de información y la otra referida a la indeterminación a través de un caso simple.⁶⁰

⁵⁹ALCHOURRON, C- BULYGIN, E.: “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”. Ed. Astrea, Buenos Aires 1987. Pg. 34

⁶⁰ El caso planteado por Alchourron y Bulygin está expresado en los siguientes términos “*Las dificultades de la clasificación o subsunción de un caso individual pueden originarse en dos fuentes distintas. La primera es la falta de información acerca de los hechos del caso. Frecuentemente ignoramos si un hecho concreto (caso individual) pertenece o no a una clase (caso genérico), porque carecemos de la información necesaria; hay algunos aspectos del hecho que desconocemos y esa falta de conocimiento es lo que provoca la dificultad de clasificar el caso. Por ejemplo, aun sabiendo que todo acto de enajenación es necesariamente gratuito u oneroso, podemos ignorar si la enajenación que Ticio hizo de su casa a Sempronio fue a título oneroso o gratuito, simplemente porque no sabemos si Sempronio abonó o no un precio por la casa.*

Pero la dificultad de saber si Ticio enajenó la casa a título oneroso o gratuito puede tener origen en otra fuente: la indeterminación semántica o vaguedad de los conceptos generales. Aun conociendo perfectamente todos los hechos del caso, podemos no saber si la enajenación fue onerosa o gratuita porque no sabemos si la suma de

Es claro que en el ejemplo planteado por ellos, en cuanto a la falta de información acerca de los hechos del caso, la actividad judicial permite sin dilación, el recurso a la aplicación de las presunciones legales que permiten al juez, suplir la falta de conocimiento de los hechos, y en consecuencia, actuar como si todos fueran conocidos.

No obstante en relación con la segunda dificultad acerca de la subsunción frente a la indeterminación semántica o a las vaguedades, es claro como lo anotan los autores, que solo los lenguajes lógicos o matemáticos permiten de manera definitiva erradicar el problema. La explicación del fenómeno de la indeterminación en éste sentido, no puede ser otra que la aceptación de que los conceptos jurídicos comparten la misma vaguedad de los empíricos.

Como se anotaba anteriormente, para Hart, las reglas deben construirse a partir de palabras-concepto, esto significa que la norma debe prever los supuestos, teniendo como base para ello el lenguaje común utilizado por la comunidad; en la medida en que si dicho lenguaje se llena de sentido y coincide claramente con los hechos no representará una situación problemática. No obstante, dentro del lenguaje común es posible la utilización de términos sobre los cuales recae la duda, acerca de si es posible la subsunción o no de un evento dentro del concepto generalmente entendido por la comunidad, por

dinero que Sempronio entregó a Ticio por la casa constituía o no un precio en sentido técnico. Supóngase que la cantidad de dinero entregada fuera notablemente inferior al valor económico de la casa. En tales circunstancias pueden surgir dudas acerca de si se trata de una compraventa o de una donación encubierta”

ejemplo para citar el caso de Bonorino⁶¹, la palabra-concepto “vehículo” tiene un significado lingüístico definido y claro que permite aplicarla sin inconvenientes a automóviles, trenes, aviones, botes, bicicletas, tractores, motocicletas, etc. “Sin embargo, ante una patineta podrían surgir discrepancias si alguien pretendiera llamarla “vehículo”. Ninguna consideración de tipo lingüístico podría ayudar a resolver, o a evitar, este tipo de cuestiones, pues estamos ante un caso que cae en la zona de penumbra del significado del término “vehículo”.

Es más, en relación con la indeterminación referida a las vaguedades del lenguaje cabe anotar que la tesis de la discrecionalidad en muchos ámbitos ha sido sustentada exclusivamente sobre éste contexto, que pese a revestir tal vez la mayor problemática de la indeterminación, no es la única.

De conformidad con lo anterior en el positivismo y tanto para H. Kelsen como para H. Hart la indeterminación del Derecho depende del caso concreto: con los denominados “*casos difíciles*”, que se dan en dos sentidos, I) por causa de la *ambigüedad o vaguedad* de los términos; o II) por la denominada *indeterminación intencional del acto de aplicación del derecho*, relativa a que la norma le otorga directamente el poder al órgano judicial.

⁶¹ BONORINO, P. R.-PEÑA AYAZO J. I.: “*Filosofía del derecho*”. Consejo superior de la judicatura, Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Segunda edición aumentada. Plan anual de formación y capacitación de la rama judicial. Bogotá 2006. Pg. 93, 94.

Así, J.J. Moreso⁶², indica que la indeterminación del derecho estará dada cuando las proposiciones jurídicas relativas a un estado de cosas carezcan del valor de verdad. No obstante lo anterior, la indeterminación también es referida a lagunas, ambigüedades etc. La indeterminación en otro sentido es el relativo a la conducta que exige la norma que debe seguirse en todos los casos en que ella sea aplicable.

El término “laguna” utilizado por Moreso, es bien diferenciado e identificado por Buliyn y por Alchouron, quienes manifiestan que mientras la laguna debe ser concebida en la norma como “ausencia de solución” los casos de incoherencia normativa hacen relación a la “superabundancia de soluciones”⁶³

Ahora bien, frente a la indeterminación del derecho, es de recibo el planteamiento del profesor J. Alberto del Real Alcalá⁶⁴ quien traspasa la frontera del contenido legal en la indeterminación y propone ya, un estado de cosas distintas que interfieren ineludiblemente con la actividad judicial argumentado de la siguiente manera “*El deber*

⁶² MORESO, J, J.: “*Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*”, en: J. Betegón; F.J. Laporta; J.R. del Páramo; L. Prieto (editores), “*Constitución y derechos fundamentales*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2004. Pg. 473-493

⁶³ ALCHOURRÓN, C- BULYGIN, E.: “*Introducción a la metodología de las ciencias...*,” Ob. Cit. Buenos Aires 1987. Pg. 21

⁶⁴ DEL REAL ALCALÁ, J. A.: “*Deber judicial de resolución y casos difíciles*”. Este texto se insertó en el ámbito del Programa de Investigación Consolider-Ingenio 2010 “El Tiempo de los derechos” CSD2008-00007, del Ministerio de Ciencia e Innovación de España, y en la actividad del Grupo de Investigación de la Universidad de Jaén: “Derecho Penal, Criminología, Democracia y Derechos Fundamentales” (SEJ-428), perteneciente al Plan Andaluz de investigación de la Junta de Andalucía (España). Revista panóptica No 18. marzo-junio 2010. Pg 40-60.

judicial de resolver siempre y conforme a Derecho vincula la forma de construir la decisión judicial a la ley, a la Constitución y al Estado de Derecho, pero ¿qué “guía” la toma de decisiones por los jueces en los casos indeterminados si el Derecho aplicable es vago y además los mecanismos que el sistema jurídico proporciona a los jueces para solventar la indeterminación jurídica adolecen asimismo de imprecisión y vaguedad? La cuestión que planteo aquí es que si los jueces tienen que dar cumplimiento al deber de resolver también en los casos indeterminados pero no disponen de mecanismos y técnicas para guiarse en sus decisiones, ¿hay que admitir, entonces, que en esos casos este importantísimo deber judicial, que es parte del contenido del rule of law y revés del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se encuentra en alguna medida indeterminado?”⁶⁵

Ante tal duda, la respuesta que ofrece el profesor de Jaén, no puede ser otra que admitir, que si el Derecho contiene vaguedades y también contienen vaguedades las herramientas que tiene el juez o fallador, no cabe duda de que *“la imprecisión e indeterminación de la que adolece la toma de decisiones por el juez en algunos casos (no en todos los casos) es asimismo “ineliminable”, y consiguientemente también lo es en esa medida su deber legal de resolver”*.

Las reflexiones anteriores, conllevan a la ineludible conclusión de que las decisiones judiciales no son “ciertas” sino por el contrario, gozan del carácter de “inciertas” ello por la sencilla razón de que la decisión judicial es “imprevisible” porque existe un alto grado de incertidumbre

⁶⁵ Ibídem Pg. 43, 44.

sobre cuál va a ser el sentido de la decisión judicial.⁶⁶ Por obvias razones, en el derecho no hay decisiones correctas o incorrectas o razones preexistentes con respuestas únicas.⁶⁷ Esta reflexión permite establecer que la indeterminación del derecho hace indeterminable la decisión judicial, de tal forma que en los denominados casos difíciles pese a la suposición de adaptación del hecho en la norma no se puede establecer hasta que el juez de su veredicto, cuál será el contenido de la decisión.

Ahora bien, frente a la indeterminación cabe también resaltar que no debe confundirse la generalidad de la norma con la vaguedad, es posible que en el proceso de aplicación e interpretación de la ley el aplicador de justicia se encuentre con preceptos muy amplios, sin embargo como lo anota Ramón Ruiz Ruiz, *“La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud del campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos. La vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o*

⁶⁶ En el mismo sentido DICIOTTI, E.: *“Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato, Analisi e Diritto”*. Giappichelli Ed. Torino 1992. Pg. 119.

⁶⁷ DEL REAL ALCALÁ, J. A.: “Deber judicial de resolución y casos difíciles...,” Andalucía 2010. Pg. 42

pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma⁶⁸

No quiere decir, por tanto, que el ámbito que se busca regular a través de la norma, por la generalidad que en ella se contemple, sea óbice para alegar sobre ella ambigüedad o vaguedad, en la medida en que algunos casos no estén regulados por ella dada su limitación o amplitud, es claro, entonces, que la indeterminación por generalidad es diferente a la indeterminación por vaguedad.

Así mismo, es diferente en todo caso y ha de tenerse en cuenta que una cosa implica la vaguedad de los conceptos y otra la ambigüedad de los mismos; así lo explica Pablo Navarro *“Se trata de la llamada indeterminación semántica. Mientras la ambigüedad se presenta cuando el término es impreciso, es decir, existen dudas acerca de si un supuesto de hecho está incluido o no de su campo de aplicación, la vaguedad se predica de aquellas situaciones en la que el caso se encuentra ubicado en la zona de penumbra del concepto, esto es, cuando no hay posibilidad de establecer en forma exhaustiva las condiciones necesarias y suficientes del uso de un término que se pretende aplicar a la realidad⁶⁹”*.

⁶⁸ RUIZ RUIZ, R.: *“Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional”* Revista, CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Número 20. Universidad de Jaén 2010. Pg.123

⁶⁹ NAVARRO, P.: *“Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho”*. En Revista Doxa Número 14. Madrid, 1993. Pg. 262 - 266.

Cabe anotar entonces conforme a todo lo anterior que la decisión judicial y los problemas de adjudicación de la norma al caso concreto, frente a la indeterminación, recaen sobre cuatro pilares que son: 1. *las lagunas por falencias en la completitud* del derecho por generalidad o limitación de contenido, 2. *Por la indeterminación directa o intencional* de la norma sobre la aplicación por parte del fallador, 3. *Por la imprecisión o vaguedad –indeterminación semántica-* y 4. *Por la incertidumbre* referida a la indeterminación de la decisión, por indeterminación en la norma a éstos dos eventos finales la doctrina los reconoce como Antinomias, que se presentan como contradicción entre normas.

2.2.3 La noción de poder en la discrecionalidad judicial

El poder en la discrecionalidad, siempre ha sido representado en dos sentidos:

- A. La eventualidad de decidir entre varias alternativas o lo que bien suele denominarse, poder en sentido deóntico o relativo a normas regulativas, diferentes de las normas no regulativas o constitutivas que instituyen cómo se producen cambios institucionales o normativos. El sistema jurídico ni permite ni prohíbe al órgano decisor llevar a cabo la acción—nos lleva al sentido de libertad negativa-
- B. La delegación de un determinado poder de decidir. Mediante reglas constitutivas el ejercicio de un poder implica

discrecionalidad jurídica. Con lo anterior cabe la pregunta ¿es discrecional el juez cuando dicta una sentencia?

Según Lifante, el poder discrecional, es un poder no reglado, solo en el sentido de no estar regulado por un tipo de normas: “las reglas de acción” pero no por no estar regulados jurídicamente. Es distinto entonces el poder discrecional al poder no regulado. El poder discrecional implica que sus titulares pueden afectar intereses de otros, encajando nuevas valoraciones e intereses y no ciñéndose a la norma y sus valoraciones e intereses rigurosamente⁷⁰.

Por lo tanto cabe hacer la diferencia entre el poder en sentido formal, como competencia o posibilidad de producir un resultado normativo; y poder en sentido material, que implica además del anterior, introducir en el sistema jurídico nuevas evaluaciones de intereses. Es, pues, diferente tener, que ejercer discrecionalidad.

En conclusión, la discrecionalidad judicial no es un criterio dado al poder judicial, y del cual los jueces puedan disponer, sino que nace y se hace como un “imprevisto” o “defecto” de los sistemas jurídicos frente al que las posturas positivistas no han podido ejercer un verdadero y real control.

La discrecionalidad judicial, afecta y además guarda relación según lo anteriormente expresado, de manera directa desde la filosofía del

⁷⁰ LIFANTE VIDAL, I.: “*Dos conceptos de discrecionalidad jurídica...*”, Ob. Cit. Madrid, 2002. Pg. 429.

Derecho con la ciencia del derecho y su discusión, con la del Derecho como sistema de normas y así mismo, está íntimamente ligada con la legitimidad del Derecho general.

Segunda parte: El derecho como sistema de normas, como ciencia y su aplicación en el contexto de la legitimidad.

Una vez establecida la génesis del concepto general de discrecionalidad judicial así como su definición y características, a continuación debe hacerse alusión al criterio de legitimidad en el derecho, seguido de la preocupación por la adopción de un sistema de normas y finalmente se ha de tratar de responder a la pregunta, por qué el Derecho se ha entendido como una ciencia.

De acuerdo con la hipótesis planteada en ésta investigación, la discrecionalidad judicial genera tres efectos en el Derecho penal: la ilegitimidad, la a-sistematicidad y finalmente la a-cientificidad, de estas cuestiones se ocupan los capítulos dos y tres de éste trabajo; desde la perspectiva teórica en el segundo y desde el ángulo práctico en el tercero.

Por ahora y antes que nada, resulta imperioso establecer, cómo el derecho a partir de los postulados del poder ha logrado establecer los términos de la legitimación, por qué el derecho ha sido considerado como un sistema de normas, y así mismo por qué el derecho ha sido entendido dentro de los términos comunes como una ciencia.

Así mismo, éste acápite servirá para demostrar en los capítulos II y III de ésta investigación, cómo la discrecionalidad en el caso especial del Derecho penal desdibuja el ideal legitimante del positivismo junto a la búsqueda de la concreción de un sistema normativo y con ello la ambigüedad del criterio de ciencia hasta ahora sostenido en el ámbito del derecho penal.

3. La legitimidad en el derecho

3.1 Cuestiones previas

Antes de iniciar el tema específico de la legitimidad en el derecho, vale la pena hacer una aclaración que resulta importante en ésta investigación, pues debe distinguirse entre lo que es la legitimidad de la sociedad y lo que es la legitimidad en el Derecho, aunque en algunos casos, sus tesis han sido sumadas en una misma cuestión. Además, es preciso señalar, que las exigencias de participación democrática, de pluralidad y la estructuración del Estado Social de Derecho, han permitido vincular en especial a principios del s xx los modelos de legitimación social con aspectos coincidentes pretendidos por el derecho. Por tanto, debido a la gran cantidad de puntos de vista comunes entre ambas, y así mismo a la fundamentación de algunos elementos de éste trabajo, vale la pena hacer una aproximación a la exposición de algunos autores y sus teorías sobre la legitimación social y su punto de encuentro con el Derecho, las cuales resultan de especial interés cuando se trate el tema específico de la discrecionalidad judicial en el ámbito del Derecho penal.

Inicialmente cabe resaltar que la Sociología se ocupa de la identificación de la legitimidad de la sociedad desde diferentes ángulos; así pueden citarse, teorías que tienen como punto de partida la acción social esbozada en principio por Tomás Luckman, y continuada y perfeccionada por Max Weber, Talcot Parsons, y los críticos de la modernidad como lo son Hanna Arendt, Allain Turaine y así mismo Jhon Ruls con la teoría de la justicia etc. Sin embargo, se deben resaltar, dentro de los puntos de encuentro entre la legitimación social y la legitimación del derecho dentro de los más prolijas e importantes en los últimos tiempos, las tesis sostenidas por Jurgen Habermas y Niklas Luhmann, a quienes se hace referencia más adelante a propósito del cimiento de las actuales teorías legitimantes del Derecho y la sociedad dado que, un amplio sector de la doctrina del Derecho penal se ha valido de sus posturas para justificar sus tesis.

3.2 La legitimidad desde el poder asociada al Derecho

Para iniciar éste acápite es fundamental, traer lo anotado por la profesora Laura Zuñiga⁷¹, *“Es conveniente no confundir legitimación con legitimidad. Mientras que con legitimación se hace referencia a la adhesión de los ciudadanos al Estado, situándonos en el plano fáctico de la confianza de los ciudadanos hacia los gobernantes, cuando se habla de legitimidad nos ubicamos en el plano teórico de la justificación legítima y ética del propio Estado y de la actuación política*

⁷¹ ZUÑIGA, L.: *“Política criminal”* Ed. COLEX. Madrid 2001. Pg. 33

y jurídica de sus gobernantes.” De acuerdo con lo anterior, el concepto de legitimidad en lo siguiente, ha de ser entendido según lo anotado por la profesora de Salamanca, es decir, como justificación legítima y ética del propio Estado y de las actuaciones jurídico-políticas de sus gobernantes.

Tan amplio y ambiguo como su mismo concepto, resulta el debate sobre la legitimidad del Derecho. El punto de partida de ésta discusión, consiste, sin duda, en establecer la diferencia entre su “ser” y su “deber ser” y, de contera, en dar respuesta a cuáles son los pilares sobre los que se debe edificar el “deber ser” del mismo. Lo extenso del problema reside, sin embargo, en que –como ya se dijo- éste ha sido objeto de discusión, desde diferentes disciplinas, como, la teoría política, la filosofía del Derecho, la sociología jurídica, la economía política, la historia etc., que han intentado incesantemente dar respuesta a la antedicha cuestión.

Para dar continuidad a la metodología de este trabajo, se debe hacer una exposición desde la historia y la teoría política del concepto, haciendo énfasis en momentos y discursos relevantes desde la filosofía y la teoría jurídica, pues lo que interesa por ahora, es el desarrollo de un marco teórico que permita, en los capítulos siguientes, analizar en detalle las consecuencias de la discrecionalidad, frente al concepto de legitimidad en el ámbito del derecho penal.

Para dar inicio al asunto es de mucha utilidad recordar, que dentro de las críticas al iusnaturalismo especialmente planteadas por Kelsen, está la aseveración de que en ésta tendencia se confunde, la idea del Derecho que “es” con la idea del Derecho que “debe ser”, lo que zanja un criterio diferenciador básico, entre qué debe entenderse por legitimidad a diferencia de lo que ha de entenderse por legalidad en el Derecho. Así mismo, ésta crítica pone de manifiesto que los criterios de legitimación del Derecho bajo la mirada naturalista son diferentes de los que adoptará el positivismo y posteriormente el denominado neo-iusnaturalismo.

El concepto de legitimidad históricamente ha estado asociado con la idea de poder, frente a las perspectivas del soberano y con posterioridad del Estado. En efecto, Aristóteles utilizaría el término, pero en referencia al bien público, mas no para referirse a la relación individuo-Estado. A su vez, para Cicerón los términos “legitimum imperium” y “potestas legitima”, significaban autoridad legítima y magistratura legítima, así mismo utilizaba el término “justus et legitimus hostis” para referirse al enemigo de guerra. El término también era utilizado por San Agustín como “extra civitatem Dei nulla legitimitas”, para referirse a que debía existir un criterio de legitimidad política y jurídica, basadas ambas en la idea de justicia. Durante la edad media se utilizaron vocablos como “legitimus” para hacer referencia al derecho consuetudinario y “legitima auctoris” para referirse al poder que resultaba en contraposición a la tiranía del soberano.

Durante la edad media el criterio predominante sobre la legitimación, es la asunción del poder otorgado directamente por Dios. Para Tomás de Aquino⁷², éste poder emanaba y se posaba directamente sobre la comunidad, en oposición al pensamiento general de los gobernantes tiránicos de la época, de ésta manera, ésta noción, permitía comprender el ideal democrático en sus inicios y el poder en cabeza del pueblo a diferencia de lo sostenido por la monarquía, acerca del poder en cabeza única del soberano. Ésta concepción es clara en pensadores como Marcilio de Padua, en su “Defensor pacis” publicado en 1324 y su “Defensor Minor” de 1342⁷³

Con lo anterior, la dinámica del poder, su estructura, su representación, la manera de obtenerlo, de modificarlo y por sobre todo su legitimidad, se convertirían en uno de los centros de la discusión tanto de la teoría política como de la teoría del Derecho, construyendo los primeros y remotos escaños de las estructuras y concepciones modernas.

El iusnaturalismo inspirado por las ideas del contrato social, será el preámbulo de las modernas teorías legitimantes. Es importante resaltar el esfuerzo de H. Grocio, quien trató de modernizar la ciencia del Derecho desligando el derecho natural de la teología asegurando que inclusive él puede existir aun prescindiendo de Dios; sin embargo nunca pensó en una verdadera mecanización de la naturaleza, pues

⁷² DE AQUINO, T.: “*La Monarquía*”. Estudio preliminar y Traducción de L. Robles y Á. Chueca, Tecnos. Madrid 1989.

⁷³ SABINE, G.: “*Historia de la teoría política*”. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1984. Pg. 275

consideraba desde una visión teológica al derecho natural al igual que los demás pensadores de los siglos XVII Y XVIII, a diferencia de Spinoza, quien siguiendo a Hobbes, buscó la mecanización de la ética y de la religión desde la ciencia natural matemática. No obstante mientras que la física y la astronomía implicaban principios mecánicos, a causa de la gravitación demostrada por Newton, la ética, y la jurisprudencia, significaban normas jurídicas intuitivas.

La obra de Thomas Hobbes resultaría en la historia de vital importancia, pues en su trabajo se reflejarían los primeros cimientos del pacto social luego de la reforma protestante; también justificaría una construcción de la naturaleza humana, apartándose de las realidades cósmicas⁷⁴. Su pensamiento parte de considerar la igualdad de todos los seres humanos, que viven en un estado de naturaleza, la cual está fundada en el principio de la propia conservación, de tal forma que permanecen en un estado aparente de guerra; lo anterior, le llevaría a la conclusión de que la ley se erige como el medio a través del cual la sociedad se hace estable.

La aceptación del pacto por parte de los individuos, produce el leviatán, estado o república que es una persona jurídica, única titular de los derechos y poderes de los súbditos. Así las cosas, aquella persona o grupo de personas, que se encuentran en posición de ostentar el poder son denominados por él como soberanos representativos.

⁷⁴ HOBBS, T.: "*Leviatán*". Traducción de C. Moya y A. Escotado. Editora Nacional. Madrid 1980.

Desde la perspectiva de la legitimidad democrática, en la teoría política, seguirían como principales exponentes los nombres de Jhon Locke y JJ Rousseau. Para Locke, el pacto original que constituye el Estado denominado “pacto común” consiste en “hacer entrega, ante la mayoría de esa comunidad, de todo el poder necesario para cumplir los fines para los que se ha unido en sociedad... y esto y sólo esto es lo que dio o pudo dar principio a cualquier gobierno legítimo (lawful) del mundo”⁷⁵. De igual manera, según Locke, tanto los individuos como las instituciones, efectúan un trabajo socialmente útil, regulado por el gobierno para el bien de todos, esto constituye un grupo o comunidad en un entrelazamiento jurídico; junto a ello, defiende la satisfacción del individuo como parte de esa comunidad.

La crítica de Locke a Hobbes, esta cimentada en contradecir el hecho de que el individuo viva en un estado de naturaleza que le lleve a un estado de guerra porque según Locke, el estado de naturaleza humana, es per se un estado de paz, buena voluntad, asistencia mutua y conservación, sin embargo de ésta postura, aseguraba junto con la doctrina Hobbesiana, que la sociedad existe, para la conservación de la propiedad privada de todos, con todos⁷⁶.

La teoría de Locke, depende como puede observarse, de lo que debiera entenderse por ley natural, entendiéndolo “... que ella está

⁷⁵ LOCKE, J.: “*Dos ensayos sobre el gobierno civil.*” Ed. J. Abellán. Espasa Calpe. Madrid 1991. Pg. 275

⁷⁶ SABINE, G.: “*Historia de la teoría política...*,” Ob. Cit. México, D.F. 1984. Pg. 390

fundada en lo que es moral y naturalmente justo.”⁷⁷ En la confrontación con R. Filmer⁷⁸, quien consideraba en su “patriarcha” que el poder provenía directamente de la deidad, Locke sostenía que el poder reside en el pueblo y que se rige por los preceptos de la ley natural, concepto que posteriormente se convertiría en un pilar para la defensa de los derechos humanos.

Como se anotó en apartado anterior de éste trabajo, histórica y teóricamente se dio una confrontación al interior del iusnaturalismo, que obedece al problema legitimante del poder, entre el naturalismo teológico y el naturalismo racional, he aquí el epicentro de la discusión.

Dentro de la misma línea de análisis y teniendo como centro y objeto de investigación del “contrato social” el concepto de legitimidad, hace su aparición en la escena histórico política con Juan Jacobo Rousseau; pensador suizo que expresó en su máxima obra: “Quiero investigar si en el orden civil puede haber alguna regla de administración legítima y segura... a fin de que la justicia y la utilidad no se encuentren divididas⁷⁹”. Junto a lo anterior, va agregar más adelante “El hombre ha nacido libre y por todas partes se halla encadenado... ¿Cómo se ha producido este cambio? Lo ignoro. ¿Qué

⁷⁷ Ibídem Pg. 389

⁷⁸ Ibídem Pg. 388

⁷⁹ ROUSSEAU, J, J.: “*Oeuvres completes.*” Tomo III , B. Gagnebin y M. Raymond Ed. Gallimard Paris 1964. Pg. 350

es lo que puede hacerlo legítimo? Creo poder resolver esta cuestión⁸⁰”.

En estas dos ideas, relaciona Rousseau directamente la legitimidad con la justicia y con la libertad.

Según Rousseau, el poder reside legítimamente en el pueblo, de tal forma que él se convierte en el Estado y es su soberano, haciendo de su poder un concepto indivisible e inalienable. A diferencia del pensamiento de Hobbes, el contrato social es un pacto de unión en virtud del cual, los miembros del pueblo no le deben sumisión al gobernante; el verdadero órgano de gobierno, es la voluntad general que se expresa mediante el mandato de la ley. Por lo anterior, el poder se convierte en legítimo siempre y cuando obedezca el mandato de la ley elaborada por la voluntad general. Así las cosas, la legitimidad en Rousseau se confunde con la legalidad, de tal suerte que ésta depende exclusivamente de aquella.

Hasta Rousseau, el debate de la legitimidad presenta dos posturas, acerca de su proveniencia, pues mientras que de un lado el naturalismo teológico fundamenta el poder del soberano como el resultado de la adjudicación directamente aportada por Dios, así lo reclamaría por ejemplo Luis xviii por la casa de Borbón, sumado al hecho histórico de la permanencia en el poder y la tradición de títulos. De otro lado, se erige el naturalismo racional que dirige toda su atención a fundamentar la legitimidad del poder del soberano

⁸⁰ Ibídem Pg. 351

partiendo de la voluntad general del pueblo que a su vez se constituye en el soberano, y ejerce el poder según el lineamiento consagrado en la ley, abriendo paso al afianzamiento del principio de legalidad naciente y posteriormente al positivismo jurídico. Ésta última postura, tomaría furor patrocinando teóricamente la revolución francesa y así mismo, sería el tema central del congreso de Viena de 1914, sin embargo la postura de la legitimidad basada en el precepto legal, cedería más adelante frente a las concepciones nacientes a mediados del siglo XX.

3.2.1 Legitimidad por vía de legalidad

Ahora, debe examinarse la legalidad como fuente del Estado de Derecho y la legitimidad por vía de legalidad durante su máximo esplendor a finales del s. xix y principios del xx.

Según lo anota N. Bobbio,⁸¹ es a partir del siglo XX, en que la sociología jurídica y la teoría política empiezan a intervenir activamente en la definición del marco de la legitimidad, particularmente con las obras de Max Weber, Carl Schmitt y Guglielmo Ferrero.

Define M. Weber el poder como “la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y

⁸¹ BASTID, P.- BOBBIO, N.- CHEVALLIER, M.: “*L'idée de légitimité*”. Annales de Philosophie Politique, n° 7. Paris 1967. Pg. 47-48

cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad⁸²". Ésta definición de poder que involucra el elemento social y su control o dominación, llevará a Weber a diferenciar el poder y la dominación, lo cual realiza desde el concepto de Estado, al cual define como "un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente⁸³".

Por ello, la coacción física sobre la sociedad, lo lleva a concluir que la dominación es un concepto diferente del poder, entendiéndola como "la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas⁸⁴". La relación que según él existe entre gobernantes y gobernados, es jurídica dado que debe estar contemplada en la ley y, por tanto, ha de ser legítima, es la concreción de la legitimidad con fundamento en el derecho, promovida por los titulares del poder del Estado a propósito del ejercicio de la dominación.

Para Weber existen tres tipos puros de dominación legítima⁸⁵. "1. *De carácter racional: que descansa en la creencia en la legitimidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal)*. 2. *De*

⁸² WEBER, M.: "Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva". Traducción de Medina Echavarría y otros, 2ª Ed.. F.C.E. (1ª Ed.. alemana 1922). México 1979. Pg. 42.

⁸³ Ibídem Pg. 43

⁸⁴ Ibídem Pg. 42

⁸⁵ Ibídem Pg. 172

carácter tradicional: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional). 3. De carácter carismático: que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada autoridad carismática)”

Ahora bien, como se vio en el apartado anterior, el positivismo Kelseniano sobre el tema de la legitimidad, descansaría, bajo los mismos supuestos. La legitimidad por vía de legalidad aportaba herramientas para justificar mediante leyes el producto de la elaboración popular, su aplicación y contenido. Así, el concepto de Estado debería estar delimitado por criterios jurídicos y éstos criterios jurídicos delimitarían también, la forma de acceso y aplicación del poder de parte de sus representantes.

Desde el aspecto jurídico se avizoran, por tanto, los tres pilares sobre los cuales el Derecho pretende hacer descansar el concepto de legitimidad, esto es *la validez*, que descansa en la competencia del órgano que emite la norma, *la justicia* cuyo concepto ha sido motivo de múltiples debates, por ahora nos preocupa la justicia propia del Estado de leyes, que emana de la generalidad de la voluntad popular y finalmente *la eficacia*, que consiste en el acatamiento real de los preceptos consagrados por el Derecho.

El principio de legalidad y el Estado de Derecho, se convertirían en la panacea del pensamiento jurídico de la época. Teniendo como fuente de legitimación el poder soberano del pueblo de quien emana el precepto legal, era poco factible que alguien pudiera poner en duda la lógica de conceptos desarrollada hasta entonces; a ello se aunaban los logros democráticos, el pueblo tenía la posibilidad de participar en la contienda del poder, y esto satisfacía sin duda el pensamiento de las masas. El contenido de la voluntad popular como fuente de construcción de la norma era un concepto básico pero aparentemente infranqueable, que entre otros, permitía al Derecho buscar el derrotero científico a través de la construcción de sistemas normativos como se anotó anteriormente.

A principios del siglo XX Carl Schmitt pondría por primera vez en aprietos la concepción del Estado de leyes, basado en la lógica de que es insostenible la premisa según la cual, el Estado es la ley y la ley es el Estado; explica que en éste modelo, los valores de la sociedad corren el riesgo de quedar por fuera del ámbito del Derecho, de tal forma que el futuro del Estado queda sometido a la voluntad y principios de las mayorías parlamentarias. En sus palabras “*El Estado es la ley, la ley es el Estado. Sólo a la ley se debe obediencia; sólo frente a ella desaparece el derecho de resistencia. Sólo hay legalidad, no autoridad ni mandato desde arriba*”⁸⁶ El ejemplo más claro de ello según Schmitt, era la constitución del Estado de Weimar, de dónde se pueden identificar tres características propias de éste modelo de

⁸⁶ SCHMITT, K.: “*Legalidad y legitimidad*”. Traducción de J. Díaz. Aguilar. Madrid 1971. Pg. 28, 29, 34.

Estado, la supremacía de la ley sobre cualquier orden estatal, el monopolio de la ley que permite la afectación de la libertad y los derechos fundamentales de los individuos y, finalmente la potestad de crear el derecho. Según Schmitt, éste vació enfila al Estado de leyes hacia el totalitarismo en donde solo se siguen las reglas, pero se desconocen los valores y las verdaderas libertades y derechos de los individuos que conforman una sociedad.

El pensamiento democrático politiza la realidad del ser humano y lo lleva al totalitarismo, en tanto que la legitimidad del Estado debe verse reflejada en la voluntad real inspirada en el Derecho, de donde Schmitt propone la existencia de tres tipos de Estados diferentes basados en la posibilidad real de una legitimación adecuada, el Estado Gubernativo, el Estado Jurisdiccional y el Estado Administrativo.

Sin embargo y pese a los esfuerzos de Schmitt, para conservar un Estado de valores libertades y respeto por los derechos del individuo, en contra del totalitarismo, su tesis de evitar a toda costa la legitimidad por vía de legalidad haciendo énfasis en el Estado Gubernativo en contra de la adopción del poder por la mayoría parlamentaria, su esfuerzo le condujo a construir una legitimación Estatal por fuera del estado de leyes, basado en el decisionismo; ésta postura le llevó a apoyar abiertamente el Estado totalitario de Hitler⁸⁷.

⁸⁷ En éste punto vale resaltar que políticamente el peligro de una dictadura era atacada por Schmitt frente al pensamiento económico de la época impulsado por los Bolcheviques.

Sobre el poder y su legitimación en las doctrinas contemporáneas, es importante en todo caso tener en cuenta la postura asumida por G. Ferrero⁸⁸, según la cual, los individuos de una sociedad ante el miedo de la actividad de los demás y del propio Estado, acuden al poder para liberarse de éste miedo, el cual únicamente desaparece cuando los individuos identifican que éste poder es legítimo. Valga la pena establecer que la obra de Ferrero fue escrita durante el apogeo de la dictadura Nazi, lo que conlleva al autor a referirse en términos de temor entre la fuerza vinculante del poder y su legitimación. Lo que resulta vital de la postura del autor en cuestión, es que sienta las bases de la legitimidad en la voluntad soberana de la democracia, la cual otorga de manera legítima el poder a sus gobernantes y así mismo asegura que ese poder y su consecuente oposición estén legitimados, sobre la base de la voluntad general, lo cual se logra a través de la “pervivencia de la libertad de sufragio y la efectividad del derecho de oposición⁸⁹”; esto garantiza la efectividad real del derecho y no una forma ficticia en su aplicación.

El totalitarismo en la Alemania de mediados del siglo pasado, demostraría lamentablemente a través de la muerte y la destrucción, que el Estado de leyes entendido desde la mecánica de la legitimación por la legalidad, o desde el poder legitimante del soberano que no tienen en cuenta, los valores sociales, la voluntad general y no solo la particular de los partidos mayoritarios, así como los derechos del

⁸⁸ FERRERO, G.: “*El poder: los genios invisibles de la ciudad*”. Traducción de E. García. Ed. Tecnos. Madrid 1991.

⁸⁹ *Ibidem* Pg. 175

hombre, acarrear las peores consecuencias que históricamente la sociedad ha podido sufrir.

Con la terminación de la Segunda Guerra Mundial, el hombre social despertó a un Universo de posturas que han tratado de plantear la mejor manera de desarrollar la actividad legitimante en el Derecho, con movimientos neo ius naturalistas, que retoman posturas moralistas y éticas; en todo caso extrajurídicas, poniendo en dificultades las construcciones positivistas y dogmáticas que aparentemente habían superado siglos atrás; a tales posturas me referiré más adelante.

3.2.2 Las cinco discusiones en torno a la legitimidad y al poder en concreto.

Hasta éste momento histórico y político, se puede concluir que la fuerza legitimante en el Derecho ha oscilado entre diversas concepciones, siempre vinculadas con el poder; la anterior, es la tradición de la lucha por la evitación de la rapaz discrecionalidad, de cara a evitar el fenómeno del poder en cabeza de alguna situación política o social, lo cual genera los ideales que se pueden resumir en cinco cuestiones básicas. La primera es considerada desde el naturalismo teológico como aportación de una deidad, de tal forma que cuando asume que el poder deviene de Dios, el gobernante legitima sus actos con una visión poco más que mística del poder, simplemente sus actos están legitimados en virtud del imperio que le ha sido conferido por la divinidad.

En segundo lugar aparece la legitimidad dada por la naturaleza de las cosas, por ello concepciones como el estado de naturaleza del hombre en su obrar frente al grupo social, legitiman el precepto legal, y el hombre que “desea,” o el que enfrenta a su semejante para conseguir a toda costa su propósito, son óbice para justificar el ejercicio del poder y su legitimidad consecuente.

En tercer lugar frente a la respuesta teórica del proceso de construcción de la ley, se consideró el poder legítimo por su procedencia legal, al tener como fuente de ésta argumentación que el mando conferido por la voluntad general a un grupo de representantes, los legitima para la elaboración y expedición de leyes que, per se, son legítimas, de tal modo que se entrelazan legalidad y legitimidad en un mismo concepto.

En cuarto lugar se encuentra un panorama distinto, sobre la duda acerca del sustento legitimante de la ley en conceptos distintos a ella, por lo cual es posible afirmar que no debe hacer parte del contenido de la ley lo que la legitima. De ésta manera, las concepciones axiológicas, permean la visión hasta entonces más contundente apoyada en todo por el positivismo jurídico, pero lamentablemente con posiciones que abrieron la puerta a la arbitrariedad, al dejar en evidencia la necesidad de legitimación de los conceptos jurídicos desde un ámbito distinto al de la ley pero con la debida observancia del control de su producción.

Finalmente en quinto lugar a mediados del siglo pasado se concreta la visión legitimante del Derecho desde diferentes posturas que parten sobre todo de la crítica al positivismo como modelo único de legitimación de la ley y del rechazo al decisionismo autoritario. Sobre el decaimiento del juez inanimado como mero aplicador del derecho diría al respecto L. Vago *“Por supuesto que la perspectiva “juridicista” implícita en el referido paradigma decimonónico fue puesta en crisis a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y, particularmente, al hilo del movimiento rehabilitador de la razón práctica. En efecto, aquella pretensión de que era posible entender y operar el Derecho sólo con Derecho, o sea, sin apertura a las dimensiones éticas, económicas, políticas, culturales, etc., terminaba diseñando un Derecho que más que reflejo de la realidad se convertía en una especie de caricatura de la misma. Es que el Derecho es inescindiblemente ético o moral”*.⁹⁰

Puede observarse, entonces, que los modelos legitimantes en el debate del Estado contemporáneo tienen como punto de partida la democracia, la constitucionalización del Derecho, la dignidad humana y la consagración de principios rectores basados en consideraciones morales y éticas.

3.2.3 La legitimación neo- naturalista

Aparentemente en un retorno a las consideraciones de orden moral y ético pero con una visión racional distinta al iusnaturalismo primigenio,

⁹⁰ VIGO, R.L.: *“Ética judicial e interpretación jurídica”*, Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 29 págs. 273-294. Madrid, 2006.

diversos autores han sustentado la idea de legitimación partiendo de supuestos distintos al ideal positivista. Ésta tarea ha sido realizada desde diferentes ángulos y ha contado con la participación activa de diferentes sectores de la sociología.

Para los efectos de ésta investigación, dos posturas que se contraponen, se destacan en tiempos de la postguerra, pues sus teorías se encuentran por ocasión de la legitimación de la sociedad y del Derecho; ellas son la propuesta de Jurgen Habermas y la de Niklas Luhmann a quienes se hace referencia a continuación con el propósito de completar éste marco teórico.

- **Habermas: la legitimación y la comunicación**

En primer lugar debe hacerse referencia a lo atinente a la legitimidad del Derecho en la obra de Jurgen Habermas⁹¹ para quien ese concepto significa que la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos; un orden legítimo merece el reconocimiento. Legitimidad significa el hecho del merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político dado.

En éste orden de ideas la tesis en torno a la legitimidad de Habermas se opone de forma radical a la concepción de legitimidad por vía de legalidad pues para él, el Estado Liberal goza de la propiedad de un

⁹¹ HABERMAS, J.: “*La reconstrucción del materialismo histórico*”, traducción de J.N. Muñiz y R.G. Cotarelo. Ed. Taurus. Madrid 1981. Pg. 69, 70.

núcleo moral que es olvidado en autores como Weber.⁹² Con la postura de éste autor y, en contraposición del formalismo jurídico puede observarse el resurgimiento de un naturalismo moderno, que integra en el núcleo moral, conceptos de justicia, en especial el de derechos humanos.

Sobre el concepto de legitimidad del pensador alemán manifiesta con razón Chavarro que *“El paradigma habermasiano de la legitimidad del derecho se fundamenta en la institucionalización jurídica de los presupuestos y procedimientos comunicativos. Esto implica, por consiguiente, que tras la superación de la tradicional concepción de la racionalidad práctica y del consecuente establecimiento de la racionalidad comunicativa, la legitimación del derecho se traslada hacia los linderos de una justificación argumentativa. El sistema habermasiano de los derechos fundamentales que debe regir en el marco de una comunidad jurídica moderna juega, entonces, un papel decisivo como institucionalizador de los presupuestos comunicativos. Esta base argumentativa y comunicativa que Habermas implementa en el procedimiento democrático generador del derecho legítimo, le garantiza la posibilidad de incluir en él razones morales, éticas y pragmáticas. Estamos, de esta manera, ante un procedimiento jurídico que, al contrario del restrictivo discurso moral, posibilita los espacios para todo el espectro de la razón práctica”*⁹³

⁹² Cfr. HABERMAS, J.: *“Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso”*. Traducción de M. Jiménez Redondo, 4ª Ed. Trotta. Madrid 2005.

⁹³ CHAVARRO Danilo.: *“La legitimación del Derecho en: Habermas.”* Revista Precedente. Anuario Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi. Santiago de Cali. 2006. Disponible en: http://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2006/05_Chavarro.pdf. Fecha de consulta: junio de 2013. Pg. 146

- Luhmann y la teoría de sistemas

La producción intelectual de Niklas Luhmann es abundante, como también lo son sus seguidores e intérpretes, a continuación en plan de ser puntuales, se esboza lo que resulta fundamental en la teoría del sociólogo alemán para poder mostrar en qué términos pretende la legitimación de la sociedad y del Derecho.

La teoría de sistemas sociales desarrollada por Luhmann⁹⁴ recoge el término *autopoiesis* utilizado por los biólogos Humberto Maturana y Francisco Varela⁹⁵ según éste último “... *autopoiesis es un neologismo, introducido en 1971 por H. Maturana y por mí para designar la organización de un sistema vivo mínimo. El término se hizo representativo de una perspectiva de la relación entre el organismo y su entorno en la que los aspectos de su autoconstitución y autonomía son considerados elementos fundamentales*”. Más adelante el biólogo Chileno sostiene que “*Por lo tanto, la autopoiesis pretende capturar los mecanismos o procesos que generan la identidad de lo vivo, y servir, así, como distinción categorial de lo vivo frente a lo no-vivo. Esta identidad equivale a coherencia auto-producida: el mecanismo autopoietico se mantendrá a sí mismo como unidad distinta mientras*

⁹⁴ Sin duda dentro de las más importantes obras de éste pensador se encuentran: “*Sociedad y sistema: la ambición de la teoría.*” Ed. Paidós. Buenos Aires, 1990. – “*La ciencia de la sociedad.*” Ed. Anthropos. México, 1990. “*Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general.*” Ed. Alianza. México, Universidad Iberoamericana, 1991. – “*Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia.*” Ed. Trotta. Madrid, 1998. – “*La sociología del riesgo.*” Ed. Triana. México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1998.

⁹⁵ VARELA, F. J.: “*Autopoiesis and a Biology of intentionality*”. McMullin, B. and Murphy, N. (eds.) *Autopoiesis & Perception*. pp.1–14. Proceedings of a workshop held in Dublin City University, August 25th & 26th 1992. School of Electronic Engineering Technical Report. Dublin 1992.

*su concatenación básica de procesos se mantenga intacta en presencia de perturbaciones, y desaparecerá cuando se enfrente a perturbaciones que superen cierto umbral de viabilidad que depende del sistema bajo consideración*⁹⁶.

Así las cosas, el término autopoiesis será utilizado por Luhmann, para hacer referencia a la propiedad específica de la que gozan -lo que él denomina- los subsistemas, que, en concreto consiste en su proceso de diferenciación y autoproducción;⁹⁷ así, la autopoiesis se origina en la exposición que hace Luhmann de los subsistemas que conforman un sistema. Por ello, con toda razón, Basabe Serrano, explica que *“(...) para Luhmann existen tres sistemas principales de interacción. De un lado, el de los sistemas sociales propiamente dichos, entre los que hallamos al de carácter jurídico, político, económico, cultural, etc. De otro, el del ser humano, denominado síquico; y, finalmente, el de los seres de la naturaleza, en el que se encuentran las especies animales y vegetales provistas de vida. A todos ellos la teoría sistémica los considera como independientes y autónomos, denominándolos subsistemas; así, el subsistema jurídico, el político o el síquico*⁹⁸”.

Por eso explica de nuevo Basabe Serrano⁹⁹, *“Luhmann sostendrá de los sistemas sociales que el ser humano no es más el centro de la evolución de los sistemas sociales, por lo que su estelaridad como eje*

⁹⁶ VARELA, F. J.: *“Autopoiesis and a Biology of intentionality...,”* Ob. Cit. Dublin 1992. Pg. 3

⁹⁷ LUHMANN, N.: *“Complejidad y modernidad: de la unidad...,”* Ob. Cit. Madrid Pg. 16, 17, 18.

⁹⁸ LUHMANN, N.: *“Sistemas sociales. Lineamientos...,”* México D.F. 1991. Ob. Cit. Pg.195.

⁹⁹ BASABE SERRANO, S.: *“La teoría de sistemas de Niklas Luhmann Apuntes previos para una aplicación a la sociología del derecho”*. FORO revista de derecho, No. 4, UASB-Ecuador-CEN. Quito 2005. Pg. 193.

articulador de los cambios y el devenir estructural de los tejidos sociales marcan su término. Luego, la sociedad es pensada desde la distinción sistema/entorno, en cuya dicotomía el ser humano se encuentra siempre en el ambiente” en éste sentido, pues, Luhmann pondrá hondas diferencias entre lo sostenido por las anteriores teorías sociales y sus afirmaciones, en el entendido de no poner como centro del sistema al hombre, sino a la comunicación que es en realidad el elemento básico de constitución y reproducción de un sistema. En fin, por eso podrá decir que *“la sociedad es comunicaciones y nada más que Comunicaciones¹⁰⁰”*.

En su teoría, entonces, es fundamental la diferencia entre sistema y entorno, porque dentro del primero existen una serie de subsistemas autónomos que son capaces de reproducirse por sí mismos y que enmarcan códigos específicos de comportamiento, el subsistema económico, político, jurídico son ejemplo de ellos, en tanto en el segundo, esto es en el entorno está concebido todo aquello que no hace parte de cada subsistema; dicho de otra forma, los elementos constitutivos de los demás subsistemas, forman parte del entorno de un subsistema¹⁰¹.

Así las cosas, el proceso de auto-elaboración de cada subsistema permite en esencia que éste reelabore su propia estructura y sus propias lógicas operativas que resultan autónomas frente al entorno de otros subsistemas, en éste sentido los sistemas son cerrados. Sin

¹⁰⁰ LUHMANN, N.: *“Complejidad y modernidad: de la unidad...”* Ob. Cit. Madrid Pg. 19.

¹⁰¹ LUHMANN, N.: *“Sociedad y sistema: la ambición de la teoría...”* Ob. Cit. Buenos Aires 1990.

embargo en el proceso de autorreproducción, este sistema se auto-observa pero observa los otros sistemas, en éste sentido los sistemas también pueden ser abiertos, el subsistema jurídico por ejemplo decantaría nuevamente en el total positivismo, de no ser por la permisión del sistema abierto.

La visión del gran pensador parte, sin duda de la lógica de la célula pregonada por la biología de Maturana y Varela, haciendo un símil que resulta muy atractivo y que en el derecho penal tendrá una fuerte incidencia en autores como Günther Jakobs, la sociedad subyace y sus subsistemas se autorreproducen por sí mismos, entre tanto no se encuentren con una situación “cancerígena” para referirlo en términos biológicos que produzca una afectación tal que destruya el subsistema. Este proceso de autorreferencia o en términos de Varela autopoiesis, es el elemento fundante que legitima la posibilidad del origen, mantenimiento y fin de la sociedad, que distingue y caracteriza en términos de legitimación, la obra del sociólogo y abogado alemán.

De ésta manera, las posturas anteriores pese a sus abiertas diferencias, han permitido impulsar la constitucionalización del derecho basada en principios sociales, biológicos, éticos y morales; han promovido así mismo los derechos humanos, la democratización del Estado social de derecho, y han influido poderosamente, en lo que podemos denominar la decadencia del positivismo y el resurgimiento de las nuevas teorías legitimantes del Derecho.

En vista de que la alusión a las tesis anteriores será tangencial en el capítulo siguiente, donde se aborda la hipótesis planteada en ésta investigación directamente en lo que atañe al derecho penal y la discrecionalidad en él, se han incluido en éste acápite. No obstante, el termino neo ius naturalismo, ha sido impulsado así mismo desde una visión técnico jurídica, por ello a continuación se hace una somera alusión al respecto, ya que en el capítulo siguiente se profundiza en sus tesis a propósito del Derecho penal.

Según lo anterior, deben resaltarse aquí, tres modelos legitimantes cuyos inicios se remontan a mediados del siglo XX, a los cuales se apela en el siguiente capítulo en referencia directa con el Derecho penal, ellas son en primer lugar, la postura de Ronald Dworkin en contra del positivismo, la cual le ha llevado a plantear en sus máximas obras “el imperio del derecho” y “los derechos en serio” un aspecto que es de resaltar en éste trabajo de investigación, que no es otro que el reclamo por la “completitud del derecho” sus tesis progresivamente como lo veremos, se enfilan a demostrar que la discrecionalidad judicial no tiene por qué admitirse en el mundo del derecho ya que el juez está dotado de recursos suficientes para apelar al mundo jurídico en la solución de todo tipo de casos, inclusive los que la doctrina ha dado en denominar casos difíciles.

Además, la concepción de las teorías de la nueva retórica y la argumentación, jurídica lideradas en la actualidad principalmente por Rober Alexy y Chaim Perelman, en donde a través de las técnicas del lenguaje y la argumentación jurídica, se propende por una técnica que

permite trascender la esfera del derecho permitiendo la solución a los casos concretos mediante la técnica del discurso.

Y finalmente debe hacerse referencia a la postura ética legitimante, frente a los postulados positivistas, abanderados entre otros por R.L. Vigo, dónde luego de fuertes debates se concluye que la potestad judicial que el positivismo no puede enmarcar, concreta un problema que ha de ser resuelto desde la ética.

Estas tres posturas en concreto serán el punto de partida del debate de la discrecionalidad en el derecho penal y sus consecuencias en el siguiente capítulo.

4. El Derecho como ciencia y el sistema de normas.

A continuación se verá que la denominación “sistema de normas” en el Derecho, y el desarrollo de su concepto y características, está íntimamente ligada al concepto de ciencia en el Derecho, pues esta última está atada a su historia y a los momentos de su producción. Así mismo es importante resaltar que para los juristas de los siglos XVII Y XVIII, la lógica de entender el Derecho como una ciencia estará vinculada ineludiblemente a su sistematización. Claramente se observa que el criterio de ciencia y el afán de los juristas de ésta época por la consideración del derecho como ciencia, es lo que los lleva a un arduo y admirable trabajo por buscar la sistematización del concepto de Derecho.

Al respecto del Derecho como ciencia y el sistema de normas, E. Bulygin y C. Alchourron, desarrollan articuladamente la segunda como consecuencia de la primera, tesis que resulta de mucho interés para los términos de ésta investigación. Según ellos, "...la concepción moderna de la metodología científica sólo puede comprenderse plenamente si se la compara con la concepción de Aristóteles, cuya teoría de la ciencia ha influido poderosamente en el pensamiento científico y filosófico desde la Antigüedad hasta nuestros días¹⁰²". No obstante su importancia, en la ciencia moderna ésta concepción ha perdido vigencia en virtud a la imposibilidad de explicar los postulados de la geometría, la lógica simbólica, la teoría de la relatividad, la física y la mecánica cuántica, lo que generó división en los postulados científicos produciéndose por ende una escisión en el concepto y generando un nuevo concepto de ciencia.

Por ello, explican los autores citados que "Aristóteles erigió, el ideal de la ciencia (válido para todas las ciencias) la ciencia deductiva o apodíctica, ejemplificada luego en la geometría de Euclides. De acuerdo con ese ideal toda ciencia debe tener: a) principios absolutamente evidentes, b) estructura deductiva y c) contenido real. Esto significa que toda ciencia debe cumplir con los cuatro postulados siguientes:

1. Postulado de la Realidad: Todo enunciado científico debe referirse a un dominio específico de entidades reales.

¹⁰² ALCHOURRÓN, C- BULYGIN, E.: "Introducción a la metodología...", Ob. Cit. Buenos Aires, 1987. Pg. 47

II. Postulado de la Verdad: Todo enunciado científico debe ser verdadero.

III. Postulado de la Deducción: Si determinados enunciados pertenecen a una ciencia, toda consecuencia lógica de esos enunciados debe pertenecer a esa ciencia.

*IV. Postulado de la Evidencia: En toda ciencia debe existir un número finito de enunciados tales, que a) la verdad de ellos sea tan obvia, que no necesite prueba alguna; b) la verdad de todos los demás enunciados pertenecientes a esa ciencia pueda establecerse por medio de la inferencia lógica a partir de aquellos enunciados. De la teoría de la ciencia de Aristóteles se desprende la necesidad de una metafísica como ciencia de los principios (*philosophia prima*, como la llama el mismo Aristóteles).¹⁰³*

*Y añaden, “Si todo conocimiento científico es adquirido por medio de la deducción lógica a partir de ciertos principios que deben admitirse como absolutamente evidentes, surge inevitablemente la cuestión de saber de dónde provienen esos principios y cómo puede justificarse su uso. En este sentido, las ideas innatas de Descartes, las *primae veritates* de Leibniz y los juicios sintéticos a priori de Kant son*

¹⁰³ La función de la metafísica según Alchourron y Bulygin, consiste en examinar los principios (verdaderos y evidentes) en que se basan las ciencias particulares y que éstas admiten sin demostración. Esta concepción de la metafísica perduró casi hasta nuestros días, como lo revela el empleo de títulos tales como «Metafísica de las Costumbres» (Kant) o «Metafísica de la Matemáticas» (Gauss), aunque el papel de la ciencia de los principios ha sido transferido en la Edad Moderna a la teoría del conocimiento.

*versiones gnoseológicas de los principios metafísicos de Aristóteles*¹⁰⁴ .

La forma particular de hacer ciencia y la evolución de algunos hitos científicos como la medicina, la química la física y la astronomía primigenias, dieron origen a la división entre las ciencias racionales y las ciencias empíricas que en la filosofía, se explica con dos claras tendencias: de un lado el *racionalismo* (que se origina en Descartes y muestra una marcada preferencia por la ciencia racional) y de otro lado el *empirismo* (que nace con Locke y se inspira en la observación empírica).

Por ello según dichos expositores, “La *ciencia racional*, cuyo arquetipo continúa siendo la matemática, se ajusta a los postulados aristotélicos de evidencia, deducción y verdad, aunque no necesariamente al de la realidad. Esta ciencia parte de principios aceptados como evidentes y procede por rigurosa deducción lógica. La *ciencia empírica*, en cambio, representada sobre todo por la física de Galileo y de Newton, parte de datos experimentales y procede por análisis, adecuándose así a los postulados de la realidad y la verdad, pero no necesariamente a los de la deducción y la evidencia.

El intento de Kant de conciliar la ciencia racional con la empírica y restaurar de esa manera el ideal unitario de Aristóteles, no tuvo éxito,

¹⁰⁴ ALCHOURRON, C- BULYGIN, E.: “*Introducción a la metodología...*,” Ob. Cit. Buenos Aires, 1987. Pg. 48

de modo que la división tajante entre ciencias racionales y empíricas permaneció vigente hasta muy avanzado el siglo XIX.¹⁰⁵”

El recorrido de la ciencia universal antes descrito, afectaría por supuesto al conocimiento global del Derecho, que debería decidir en los términos del avance de la discusión, qué lugar ocuparía en el terreno de las ciencias. De acuerdo con las posturas asumidas por los representantes del Derecho natural racionalista como lo eran Grocio y Pufendorf hasta Kant y Fichte y según sus concepciones, no hay lugar a dudas en que la ciencia del derecho, se ubicó dentro de las ciencias racionales, descartando en su seno la idea del empirismo.

La entrada en escena de las ciencias causal explicativas sustentadas en la evidencia del hecho positivo, empujarían fuertemente las diferentes doctrinas del Derecho, dando auge y mayor énfasis a las tesis del derecho positivo, las cuales por su época de producción, estarían más acorde que las tesis iusnaturalistas.

La aparición del positivismo jurídico y de contera de la Dogmática como método dentro de la ciencia del Derecho, afectaría el concepto científico del Derecho, sin embargo pese a las grandes modificaciones ampliamente explicadas anteriormente entre el positivismo y el naturalismo, el Derecho seguiría circunscrito dentro de las ciencias racionales¹⁰⁶. En éste sentido. Pues, Alchourron y Bulygin explican que

¹⁰⁵ Ibídem Pg. 49

¹⁰⁶ En el capítulo siguiente se verá cómo esta afirmación en el recorrido del derecho penal es relativa, ya que las ciencias empíricas influenciaron en gran manera al derecho penal en especial frente al positivismo criminológico y frente a la dogmática jurídico penal alemán.

“A pesar del abandono del Postulado de la Evidencia, la dogmática jurídica continúa siendo una ciencia racional, no empírica. La experiencia como fuente de verificación de las proposiciones científicas no tiene cabida en la ciencia dogmática; el interés del jurista se dirige hacia la deducción de las consecuencias de sus «dogmas», sin preocuparle mucho el «contenido real» de sus enunciados. Lo importante no es lo que los hombres (inclusive los jueces) hagan en la realidad, sino lo que deben hacer de conformidad con las normas legisladas. No es de extrañar, pues, que las propiedades formales del sistema, tales como la coherencia, la completitud y la independencia de sus axiomas, absorban gran parte del interés del jurista dogmático¹⁰⁷”.

No obstante lo anterior, como se vio de manera precedente, el realismo jurídico¹⁰⁸, una de las tendencias que con gran auge ha surgido en el derecho de la postguerra, ha incorporado dentro de sus tesis, la idea de un Derecho que obedezca a la observación empírica de los fenómenos para la construcción del concepto de ciencia del Derecho. Por ello, sus principales representantes dentro de los que se encuentra R. Dworkin a quien se aborda con profundidad en el capítulo siguiente, ha sido catalogado como el fundador de un neo ius naturalismo, dado su ideal de reivindicar los derechos y sostener sobre

¹⁰⁷ ALCHOURRON, C- BULYGIN, E.: *“Introducción a la metodología...,”* Ob. Cit. Buenos Aires, 1987. Pg. 49

¹⁰⁸ Dentro de las tendencias más significativas por enarbolar una ciencia empírica del derecho se pueden mencionar, la escuela de la libre investigación científica (Geny), la jurisprudencia de intereses (Heck), y la ciencia del derecho libre (Kantorowicz), diversas escuelas sociológicas: Duguit en Francia, Roscoe Pound en Estados Unidos, el realismo norteamericano con Holmes, Cardozo, Gray, Llewellyn, Frank y Dworkin y escandinavo con Hägerström, Lundstedt, Olivecrona y Alf Ross.

la base de los principios jurídicos, la idea de completitud del Derecho. Así pues, el realismo jurídico se ha alzado en contra del excesivo formalismo de la Dogmática jurídica y contra la constante idea de un sistema deductivo de normas en el Derecho.

5. Las características del sistema Jurídico

El filósofo del Derecho Carlos Santiago Nino en su “Introducción al análisis del Derecho” realiza un concienzudo estudio sobre los sistemas jurídicos, compartido por la mayoría de la doctrina filosófica del derecho¹⁰⁹ atribuyendo a los mismos cinco características distintivas que nos permiten establecer por qué el derecho general en sentido estricto, epistemológica e históricamente, debe presentarse como un sistema.

La primera de ellas es que un sistema jurídico *obedece a un sistema de normas*. La definición de sistema jurídico se relaciona sinónimamente con la definición de Derecho en sentido objetivo; Nino considera, siguiendo los mismos presupuestos de Alchouron y Bulygin¹¹⁰, que un sistema jurídico pertenece al ámbito de los sistemas normativos como la moral, los usos sociales, la religión etc¹¹¹, los cuales pueden definirse como aquellos sistemas deducidos de

¹⁰⁹ En el mismo sentido Cfr. ATIENZA, M, RUIZ MANERO, J.: “*Las piezas del Derecho*.” Ed. Ariel. Barcelona, 1996. KAUFMAN, A.: “*Filosofía del Derecho*.” Ed. Universidad Externado de Colombia. Traducción de: Villar Borda y Montoya. Bogotá, 1999. GOLDSCHMIDT, W.: “*Introducción al Derecho*.” Ed. Aguilar. Madrid, 1962.

¹¹⁰ ALCHOURRON, C- BULYGIN, E.: “*Introducción a la metodología...*,” Ob. Cit. Buenos Aires, 1987.

¹¹¹ NINO, C. S.: “*Introducción al análisis del Derecho...*,” Ob. Cit. Barcelona 2001. Pg. 102

enunciados, en cuyas consecuencias lógicas hay al menos una norma o enunciado, que correlaciona un caso determinado con una solución normativa. Ésta definición de sistema normativo, parte de la definición de Tarski de “sistema deductivo” que lo considera como un conjunto cualquiera de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas¹¹².

Según lo anterior, la primera gran característica de un sistema jurídico es pertenecer a un orden normativo, lo que implica que en su interior, debe haber por lo menos una norma, -ya que es posible la integración en el sistema, de enunciados no necesariamente normativos- que se integra por inferencia lógica deductiva a los demás enunciados que conforman la construcción; así mismo de acuerdo con Bulygin y Alchourron, las características de un sistema normativo son *la completitud, la independencia y la coherencia*¹¹³.

En segundo lugar explica Nino, que el sistema jurídico tiene como característica la de ser –siguiendo a Kelsen- “*un sistema normativo coactivo*” situación sobre la cual la doctrina expresa algunas diferencias, en especial frente a la postura de J. Raz¹¹⁴, quien considera que no necesariamente un sistema jurídico debe ser “coactivo”, debido a que en una sociedad de “ángeles” dónde todo el

¹¹² Ibídem Pg. 102

¹¹³ ALCHOURRON, C- BULYGIN, E.: “*Introducción a la metodología...*,” Ob. Cit. Buenos Aires, 1987. Pg. 62, 63. En la obra y pensamiento de los profesores Alchourron y Bulygin, se concreta una lógica deóntica particular sobre el concepto de norma, para el cual es fundamental cada uno de los conceptos que integran el sistema normativo; para comprenderlo, es fundamental la remisión a todo el texto, ya que existe abundante autorreferenciación.

¹¹⁴ En: “Practical reasons and norms.” citado por NINO, C. S.: “*Introducción al análisis del Derecho...*,” Ob. Cit. Barcelona 2001. Pg. 104

mundo siga la norma, no se requiere de la coacción para que cada uno haga lo que debe hacer; sin embargo, compartiendo la posición de Nino, la crítica de Raz a ésta característica no es afortunada, debido a que en el imaginario utópico de las sociedades en el futuro sin existencia del Derecho, lo que realmente se evidencia es una sociedad sin medidas coactivas. Por tanto ésta segunda característica es intrínseca del sistema jurídico y entre otras lo hace posible, de no ser coactivo un sistema jurídico, sus postulados serían aplicados a discreción del remitente y por tanto no existiría correlación en la organización de las sociedades.

Explica Bulygin que la filosofía del derecho sigue los presupuestos generados por Kelsen quien define la norma jurídica, como la norma que establece una sanción coercitiva (esto es, impuesta por la fuerza en caso de resistencia) y socialmente organizada (es decir, ejecutada por los integrantes del grupo social). La presencia de la sanción (de la clase indicada) es lo que confiere a la norma su carácter jurídico y constituye, por lo tanto, la esencia de la juridicidad. Una definición del derecho que no tomara en cuenta -como característica definitoria- la sanción, no sería satisfactoria para Kelsen porque no permitiría distinguir entre las normas jurídicas y otras normas sociales¹¹⁵.

Así mismo de acuerdo con Bulygin, la idea de que el Derecho está íntimamente ligado a la sanción no es nueva y es compartida en una u otra forma por casi todos los filósofos del Derecho; pero Kelsen es el autor que de forma más consecuente ha desarrollado esa idea al erigir

¹¹⁵ NINO, C. S.: *“Introducción al análisis del Derecho...”*, Ob. Cit. Barcelona 2001. Pg. 63

la sanción en característica definitoria de cada una de las normas jurídicas. De ahí que para él todas las normas jurídicas tienen una estructura o forma común: todas prescriben sanciones¹¹⁶.

En tercer lugar explica Nino, que una característica que permite diferenciar un sistema normativo jurídico de uno que no lo es, se concreta en *la institucionalización* del mismo sistema. De la misma manera como lo afronta H. Hart¹¹⁷ lo expone el autor Argentino¹¹⁸, al manifestar que los sistemas jurídicos se caracterizan por la existencia de unas normas primarias y otras secundarias; en el supuesto del “Concepto de Derecho” H Hart, se explica que en dónde existe una sociedad con exclusividad de normas consuetudinarias del mismo rango o valor, éstas se convertirían en normas morales aun cuando tuvieran fuerza coercitiva, de conformidad con el pensamiento iuspositivista.

A esa conclusión llegan Hart y Kelsen después de analizar profundamente el problema, la complejidad de una sociedad con un solo parámetro de normas, lo que da lugar a la jerarquización y concreción de una regla de reconocimiento o regla suprema. En el entender Kelseniano, pues, los sistemas jurídicos son dinámicos a diferencia de los sistemas normativos morales que son estáticos, ésta dinámica produce la delegación de autoridad, de donde resultan escalas de normas.

¹¹⁶ Ibídem. Pg. 63

¹¹⁷ HART, H.L.A.: “*The Concept of Law...*,” Ob. Cit. Oxford, 1988.

¹¹⁸ NINO, C. S.: “*Introducción al análisis del Derecho...*,” Ob. Cit. Barcelona 2001. Pg. 106

El cuarto lugar de la caracterización de los sistemas jurídicos siguiendo la línea de pensamiento de Nino, ofrece un problema esencial dentro de éste trabajo, sobre el cual no se polemiza en éste acápite, simplemente se deja enunciado como característica generalmente aceptada por la doctrina y la filosofía del Derecho. Lo anterior, teniendo en cuenta que en ésta sede se trata de elaborar lo más completo, pero puntualmente posible, un marco teórico y conceptual que permita, en los capítulos siguientes entrar en la discusión planteada en la hipótesis de ésta investigación.

Así las cosas, la cuarta característica que permite identificar un sistema jurídico es *la presencia en él de los órganos primarios* de los sistemas jurídicos. Basándose en el derrotero positivista, manifiesta que *“los derechos desarrollados que conocemos presentan tres tipos de órganos: Los órganos encargados de crear y derogar normas generales del sistema (legisladores en sentido amplio); los órganos encargados de determinar qué normas son aplicables a situaciones particulares y de disponer, si es el caso, la ejecución de las medidas coactivas que tales normas prescriben (Jueces en sentido amplio); y los órganos encargados de ejecutar físicamente las medidas coactivas (órganos policiales y de seguridad)”*¹¹⁹

Desde luego, el problema que se plantea al interior de ésta característica, esta enraizado en las posturas realistas en contra del positivismo, en la medida en que los órganos encargados de crear el derecho y aquellos que se encargan de ejecutar las medidas

¹¹⁹ NINO, C. S.: *“Introducción al análisis del Derecho...”*, Ob. Cit. Barcelona 2001. Pg. 108

coactivas, en esencia no pueden dar respuesta a la pertenencia de una norma a un determinado sistema o a la existencia de tal sistema, en tanto que los órganos encargados de determinar qué normas son aplicables, esto es: los jueces, si pueden hacerlo. Éstos órganos que son denominados por Raz, como “primarios”, dentro de su teoría denominada de la “absoluta discreción” le permiten preguntarse qué ocurriría si los aplicadores del Derecho, fueran absolutamente discrecionales? Si los jueces no estuvieran obligados a fundamentar sus decisiones en normas preexistentes sino que fueran independientes, se plantea Raz, estaríamos frente a un sistema jurídico? Su respuesta será negativa, ya que según éste autor, los sistemas jurídicos requieren de guías de conducta para los individuos, las cuales los tribunales y jueces están en la obligación de aplicar. De no existir dichas guías, los ciudadanos no tendrían la posibilidad de comportarse de acuerdo con una norma y tampoco podrían demandar la aplicación de una norma frente a los tribunales.

Lo anterior sin más, significa que en un sistema jurídico, debe existir un órgano primario que aplique las normas creadas por otro órgano, cuestión que no solamente implica la formación de un Estado de Derecho sino que junto a ello, es característica fundamental del sistema jurídico como sistema de Normas; es de anotar que no se debe confundir el órgano con su función, pues en caso de entremezclarse la consecuencia sería inevitablemente la desestructuración del sistema.

Aunada a la característica anterior subyace una quinta característica de los sistemas jurídicos que es *la obligación de los órganos primarios de aplicar las normas elaboradas por otro órgano y la función de la regla de reconocimiento*. Siguiendo los lineamientos planteados por Bentham y Austin, Hart manifiesta que el origen de la obligación de los jueces de aplicar las normas surge de la misma práctica social, si estas reglas o normas satisfacen condiciones sociales son válidas y por ende deben ser aplicadas. Esta práctica social de reconocimiento de ciertas reglas que se conoce en Hart como –regla de reconocimiento- explica Nino, se pone de manifiesto en la aplicación reiterada de esas normas, justificándolas o criticando a quienes no las aplican¹²⁰.

Ante la regla de reconocimiento, R. Dworkin, desde el realismo jurídico, ha planteado la discusión en la que profundizaremos en el capítulo dos de éste trabajo frente al derecho penal en concreto, la cual consiste en desestimar dicha regla ya que carece de sentido, debido a que nuestras acciones no deben fundarse en lo que la mayoría hace, piensa o dice. La visión de Dworkin sobre la completitud del derecho, lo llevará a establecer que los jueces deben recurrir a principios y a valoraciones que permitan resolver en la práctica el caso específico.

¹²⁰ Ibídem Pg. 111

CAPITULO SEGUNDO

EL DEBATE DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL DERECHO PENAL

1. La importancia de la “conciencia” de la discrecionalidad en la evolución del Derecho Penal.

1.1 La incidencia de la discrecionalidad judicial en el concepto positivo del delito, frente a la variación epistemológica de su fundamento en las diferentes corrientes de pensamiento.

El Derecho penal es entre otros, el producto de la necesidad constante de la búsqueda interna de razones que justifiquen su existencia y razón de ser con cierto grado de solidez. Su efectividad y las posibilidades de su aplicación en un momento y lugar determinados han dependido histórica y epistemológicamente de diferentes aspectos y motivaciones, dentro de las que se pueden contar: la religión, el poder, las tendencias sociales, la ciencia, etc.

La discrecionalidad judicial se presenta para el Derecho penal en el mismo sentido en que se expresó en el capítulo anterior frente a la doctrina de la filosofía general del Derecho, es decir como contraposición a los esfuerzos legitimantes del Derecho dada su intromisión a la hora de establecer la diferencia entre el Derecho que es y el que debe ser, cuestión que afecta además la pretendida

sistematización jurídico-penal que permita concebir el derecho punitivo como una ciencia.

Superada la edad media, con el advenimiento del humanismo, el Derecho penal se vio abocado a enfrentar en su recorrido, la lucha de pensamiento suscitada entre lo moralmente válido y lo científicamente demostrable, entre lo inmanente del ius naturalismo y lo práctico del positivismo. El debate, guiado por el derrotero de la teoría general del Derecho, implicó en su momento ventajas hacia el pensamiento científico positivista dado su carácter de teorización, precisión y exactitud, y así mismo al auge de otras ciencias. Lo anterior conllevó al Derecho penal a asumir posturas que en muchos casos parecerían forzadas dadas sus innegables condiciones susceptibles de valoración. Así mismo el Derecho penal tomó postura hacia la aceptación de condicionamientos dogmáticos, de tal forma que el positivismo jurídico se apoderó de toda la estructura jurídico penal.

En el Derecho penal de la época del positivismo más radical, los mejores ejemplos están dados por las posturas criminológicas de la escuela positivista italiana, defendidas por E. Ferri y C. Lombroso y, así mismo, por el concepto clásico del positivismo normativo Alemán defendido primordialmente por F. Von Liszt y R. von Ihering, en donde optaron decididamente, la primera en demostrar que el derecho penal dependía sin duda alguna del estudio científico del delincuente y sus características endógeno-exógenas; y la segunda por demostrar que los condicionamientos naturalísticamente entendidos y referidos a categorías dogmáticas, orientadas estrictamente al derecho positivo

como objeto central de estudio, eran la fórmula correcta de hacer “ciencia” del Derecho penal.

Luego el neokantismo y las estructuras ontológicas referidas al ser, entrarían a dar un fuerte revolcón al pensamiento positivista a raigambre, así mismo el finalismo con las posturas lógico objetivas y más adelante las construcciones post finalistas demostrarían la ineludible incidencia de las tendencias sociales y la innegable filiación del Derecho, incluido el Derecho penal, a las teorías del riesgo¹²¹.

Lo anterior conllevó necesariamente a estructurar un juez que sin duda tendría que convertirse en protagonista dentro de la justicia penal, pues pese al rigorismo con el que se pretendía la aplicación de la justicia punitiva, la misma historia y algunas tendencias filosófico sociales, retirarían lo que en realidad es un velo pretendido por el positivismo a fin de limitar la decisión judicial en favor del imperio de la ley.

No obstante los esfuerzos ius filosóficos, en especial las construcciones teóricas de la postguerra impulsadas y encabezadas por un sinnúmero de celebridades como Mezger, H. Welzel, C. Roxin, G. Jakobs, entre otros, el Derecho penal sigue apelando al

¹²¹ Sobre el particular tema de desarrollo se pueden consultar las obras de los profesores MIR PUIG, S.: *“Introducción a las bases del Derecho penal”* Ed. B de F. Montevideo, 2002 Pg. 153 a 250; VELÁSQUEZ, F.: *“Derecho Penal parte general.”* Ed. Comlibros. Bogotá. 2009. Pg. 347 a 406; FERNANDEZ, Juan.: *“Derecho penal fundamental 1”* Tercera Edición. Ed. Gustavo Ibañez. Bogotá. 2004. Pg. 401 y ss.

positivismo y casi de manera radical a la Dogmática en búsqueda de su legitimación.

Pese a la búsqueda de la perfección soñada con el modelo dogmático y al señalamiento del positivismo como objeto de científicidad, la producción jurídica en las últimas décadas, ha logrado encontrar fisuras que de antaño se avizoraban en el modelo, poniendo de contraste nuevas formas que en todo o en parte, le mejoran o le superan.

A continuación, se hace alusión a la producción del Derecho penal, desde la perspectiva histórico –teórica concretando en todo caso lo que aquí se llama “la conciencia de la discrecionalidad judicial en el Derecho penal,” si bien es cierto resumir en unas cuantas líneas todo el derrotero dogmático resulta imposible, de lo que aquí se trata es de resaltar en cada momento el “fantasma” de la discrecionalidad latente haciendo presencia en la construcción de los diferentes modelos dogmáticos que con la vista puesta en construir científica y sistemáticamente un modelo legítimo de Derecho Penal, nos llevaron al debate actual sobre el problema.

1.1.1 La Escuela Clásica italiana: La influencia de Beccaria y de Carrara

Una vez superado el momento histórico-monárquico represivo por excelencia que sucumbió definitivamente con el advenimiento de las

corrientes humanistas¹²², se dio paso a un Derecho penal que ha sido conocido como la moderna ciencia del Derecho penal; con seguridad, el más popular de sus representantes y exponentes fue el profesor italiano Francesco Carrara quien en su monumental obra “Programa de Derecho Criminal”¹²³ plasmaría los inicios de la concepción moderna del delito¹²⁴.

A continuación se examinan los aspectos más relevantes de acuerdo con el tema central de éste trabajo -la discrecionalidad judicial- en la denominada “escuela clásica” adjetivo que acuñarían posteriormente para ella los representantes del positivismo criminológico.

No obstante la importancia de Carrara en la implementación y concreción del primer esquema sistemático del delito, la participación de otro pensador de antecedente vital para la escuela clásica y sin duda de quién ella tomaría toda su influencia, debe resaltarse, porque resulta de fundamental importancia para su trasegar hegemónico y su producción. El nombre de Cesare Beccaria es clave, y su influencia determinante para la concepción de ésta línea de pensamiento; inclusive puede sostenerse que el Marqués de Bonesana es parte del proceso de producción de la misma y como se verá, es quien avizoraría con claridad dentro de su reconocida obra “De los delitos y de las penas” que data de 1764 la discrecionalidad del juez penal.

¹²² En éste sentido véase VELÁSQUEZ, F.: “*Derecho Penal parte general.*” Ed. Comlibros. Bogotá, 2009. Pg. 384

¹²³ CARRARA, F.: “*Programa de Derecho Criminal.*” Temis. Bogotá 1998.

¹²⁴ Sin dejar por supuesto de lado las obras de G. Filangieri (1752-1788), G. Romagnosi (1761-1835), M. Pagano (1748-1799), G. Carmignani (1768-1847), P. Rossi (1787-1848)

Para entrar en materia, se debe hacer énfasis particular en las influencias recibidas en el momento histórico de producción del pensamiento de la Escuela Clásica. La escolástica, el pensamiento de la Iglesia Católica, la enorme influencia de la post revolución francesa, Rousseau y el contrato social, Montesquieu y el espíritu de la ley, la división del poder en ramas o segmentos, el advenimiento del pensamiento liberal, el surgimiento del discurso de los derechos humanos, etc. Serían bases de gran utilidad para justificar algo tan sencillo como la concreción de la imposición de la pena a partir de pre-conceptos lógicos y sistemáticamente organizados.

La influencia descrita con anterioridad daría como resultado una concepción iusnaturalista del Derecho penal, en donde su centro de producción se abriría paso en la deducción como método, más por el momento histórico del Derecho en general y por la aún arraigada concepción teológica y mítica de la producción jurídica, que por la construcción detallada de un modelo teórico; por lo anterior algunos encuentran contradictoria su puesta en escena¹²⁵, en realidad el momento histórico marcaba un derrotero político y liberal para el derecho penal, sin desligarse por supuesto de las concepciones predominantes de entonces. El iusnaturalismo es objeto de estudio a partir del postulado general divino que se asienta en la realidad humana, y su inmanencia hace parte del hombre, de tal forma que el

¹²⁵ JIMENEZ DE AZUA, L.: *“Tratado de Derecho Penal tomo II”* 3ª edición. Ed. Losada, Buenos Aires 1962. Pg. 33, 34 y 35.

objeto sobre el cual debía fundarse toda la producción jurídico penal residía en el derecho natural.

Por primera vez en la historia y con sus esperanzas puestas en el pensamiento humanista que cambiaría el centro de la discusión universal, poniendo a Dios en un segundo plano y edificando como centro de todo cuanto existe al hombre; en una época impregnada de absoluta discrecionalidad monárquica, penas crueles y poder desmesurado e incontrolable, se plasmará en la obra de Beccaria que, un hombre por su voluntad no es quien, para infligir una pena a otro. La adhesión profunda y preocupada de Beccaria por la ley, denotaría que la participación del juez en el proceso punitivo jamás debe ser interpretativo o dispositivo sino simplemente aplicativo.

Sin duda alguna el principio de legalidad, es la gran bandera sobre la cual se asienta la obra de Cesar Becaría “De los delitos y de las penas” por la época de producción, la consideración Rousoniana de que las leyes son las mejores directrices para el pueblo, porque son hechas por el pueblo en consideración a sus necesidades. Este principio hoy rector del Derecho penal, guiaría la obra de Becaría con una visión ilimitada a la adhesión por la producción y acatamiento de los términos establecidos en la ley. Por supuesto interesa su obra como directriz y pionera de la Escuela Clásica italiana, en cuanto la anterior afirmación enfrentada al poder discrecional que emerge del vacío legislativo o de la potestad legislativa otorgada abiertamente al juez para construir el Derecho; hecho del cual Beccaria es consciente

advirtiéndolo sobre la ineludible incidencia del juez sin control, en las decisiones punitivas que corresponden al Estado.

Como primer elemento demostrativo de la incidencia de la discrecionalidad judicial en materia penal, manifestaría en su obra que: *“tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores”*¹²⁶. Así mismo finca en un lenguaje sin dilación alguna, que al juez le compete apreciar el delito mediante un silogismo perfecto en el cual la ley es la premisa mayor, los hechos la menor y la inferencia la pena o la libertad del procesado.¹²⁷ Así mismo y de manera enfática refiere algo fundamental: *“Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”*¹²⁸; ya Beccaria tenía clara la dirección de la actividad del juez y explicaba cómo el poder discrecional debía ser considerado y controlado. Sin embargo considera suficiente su control mediante la adhesión a la ley y a su aplicación mediante uno de los sistemas de argumentación más antiguos que ha conocido el mundo occidental: “El silogismo” ¿Cómo corregir entonces los vacíos de la ley y los vicios del juez?. Es tan clara su postura, que considera el peligro que representa la interpretación del espíritu de la ley, sofisma mediante el cual pretenden subsanar tanto Beccaria, como Rousseau y Montesquieu las denominadas lagunas o zonas oscuras de los textos legales.

¹²⁶ BECCARIA, C.: *“Tratado de los delitos y de las penas”*, Imprenta de Doña Rosa Sanz. Calle del Baño; Madrid 1820. Pg. 10

¹²⁷ *Ibidem* Pg. 11

¹²⁸ *Ibidem* Pg. 11

En éste punto debe resaltarse la valiosa defensa que Beccaria sostiene en contra de la interpretación judicial, *“El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala Lógica de un juez, de su buena o mala digestión: dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre¹²⁹”*. Más adelante sostiene: *¿Cuántas veces vemos los mismos delitos diversamente castigados por los mismos tribunales en diversos tiempos, por haber consultado, no la constante y fija voz de la ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones?¹³⁰*

Desde luego, ha de entenderse que Beccaria a lo que teme con las palabras transcritas es al poder que puede quedar en manos de un solo individuo, pues la ley democráticamente considerada es hecha por todos los individuos que integran una sociedad, y, si el juez no observara el texto legal, actuaría antidemocráticamente y con riesgo para la sociedad. Beccaria no concibe las zonas de penumbra como vacíos legislativos o problemas interpretativos, porque cree ciegamente en la ley, no obstante, en su obra puede identificarse que Beccaria sí llegó a preguntarse sobre las leyes y su obscuridad, más cuando la respuesta debió ser frente a los vacíos, Beccaria respondió frente a la posibilidad de que el pueblo comprendiera el texto legal por estar escrito en un lenguaje común *“Cuanto mayor fuere el número de los que entendieren y tuvieran entre las manos el sacro código de las*

¹²⁹ *Ibíd*em Pg. 12

¹³⁰ *Ibíd*em Pg. 12

*leyes, tanto menos frecuentes serán los delitos porque no hay duda que la ignorancia y la incertidumbre ayudan la elocuencia de las pasiones.*¹³¹

Más adelante al abogar en pro de la prevención en la comisión de los delitos, va a manifestar algo muy interesante al respecto de los magistrados *“Otro medio de evitar los delitos es interesar al magistrado, ejecutor de las leyes, más a su observancia que a su corrupción. Cuanto mayor fuere el número que lo componga, tanto es menos peligrosa la usurpación sobre las leyes”*¹³² Considera posible Beccaria con ello, que el juez corrompa la ley y se aleje de ella.

Con seguridad Beccaria creía en el control del delito a través de la actividad judicial, mediante la aplicación certera de la ley; y estimaba además que era muy importante el control del juez mediante las mismas leyes. Ello, con absoluta certeza de que en ellas, -más exactamente en el espíritu del legislador-, residiría por siempre la legitimación de los actos correctos que se convertirían en la ley escrita.

De lo anterior, se puede extraer, una reflexión. Si Beccaria cree ciegamente en la ley, su aplicación estricta mediante el silogismo dará la resultante perfecta, y es tan perfecta la ley que de ella depende todo el aparato de bienestar estatal, con lo anterior, es claro que Beccaria no teme en realidad al espíritu de la ley, dado que algo perfecto como la

¹³¹ Ibídem Pg. 14 y 15

¹³² Ibídem Pg. 134

ley no debe tener varias posibilidades de interpretación, menos aun si está escrita en un lenguaje claro y accesible para todos los ciudadanos. Sin embargo, es posible que el magistrado o juez la corrompa y además que en búsqueda de su espíritu, usurpe funciones del legislador representado en el pueblo. De lo anterior resulta muy clara la manifiesta desconfianza de Beccaria frente al juez o magistrado; por que como ya se dijo él realmente le teme, a aquello sobre lo que no puede dar respuesta desde la ley o desde la lógica formal de un silogismo, que no es otra cosa que la discrecionalidad judicial.

Beccaria sabe que la ley puede tener varias interpretaciones, tanto desde lo lingüístico que trata de corregir con la exigencia para el legislador del lenguaje claro y desde lo conceptual, por eso habla del peligro del espíritu de la ley, a sabiendas de que ese espíritu puede representar la voluntad del pueblo.

Por su parte Carrara¹³³ en su Programa de Derecho criminal, hace alusión a la incidencia de la discrecionalidad judicial. Sin duda de su

¹³³ CARRARA, F.: *“Programa de Derecho Criminal”* Ed. TEMIS. Bogotá 2004. Como antecedentes a la obra de Carrara, de los cuales toma su influencia, podemos citar a Giovanni Carmignani: En *Elementos de Derecho Criminal (Elementa iuris criminalis)* Así mismo a Gian Domenico Romagnosi quien basa el Derecho Penal en el iusnaturalismo iluminista. De tal forma que las relaciones sociales entre los hombres se regulan en leyes naturales que están incertadas en la naturaleza humana las se conocen por la razón. Esta ley natural tiende a la conservación de la especie humana y lograr para ella la máxima felicidad. El delito para Romagnosi es la agresión al bienestar, si queda impune destruiría a la sociedad. Para que no ocurra tal la sociedad y el derecho deben eliminar la impunidad. En Génesis del Derecho penal. reunió en tres clases las causas del delito: 1. defecto de subsistencia, 2. defecto de educación, 3. defecto de la justicia. De otro lado puede citarse a Pablo Juan Anselmo Ritter von Feuerbach, en su Teoría Del Impulso Psíquico En el campo teórico: (psichische Zwang), de acuerdo con la que cual el temor al castigo debe ser suficiente para disuadir al criminal

producción es fácil colegir que el tratadista italiano, tenía clara la dimensión en que el juez podría desconocer el texto legal para entrar en el terreno de la incertidumbre.

Es importante diferenciar su visión de la asumida por Beccaria. Sostiene Carrara que No es cierto que los hombres hubiesen vivido en un estado de vida “disgregada y salvaje” *Todo ello es erróneo. Es falso que los descendientes de Adán hayan vivido durante un período de tiempo desligados de todo vínculo de asociación; es falsa la transición de un estado primitivo de absoluto aislamiento a un Estado modificado y facticio*¹³⁴ Postura que además le aleja del pensamiento Rousoneano. Carrara pues fundamenta los límites del legislador en el ius naturalismo y no en el contrato social, con evidente fundamento Aristotélico- tomista; por eso, el maestro de Pisa manifiesta: *“La ley eterna del orden impulsa al hombre a la sociedad. Y el creador que lo*

criminales potenciales. Afirma que el Estado tiene la misión de evitar infracciones del ordenamiento jurídico y lo hace a través de la coacción física y la amenaza psicológica (Amenaza de sanción). Cuando falla la amenaza psicológica y se realiza el presupuesto de una norma penal, se aplica la coacción física lo cual justifica la pena. En Feuerbach el Derecho es independiente de la moral, y la pena es un medio de venganza. Según éste autor el Derecho Penal es un sistema integrado por: 1. Parte general, 2. Parte especial, 3. Procedimiento penal. Sobre el principio de legalidad concretó para el derecho penal la máxima latina “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali”, garantía individual que consiste en la necesidad de ley escrita cierta y previa al castigo. Fórmula el Principio de Legalidad para que se cumpla la amenaza psicológica que contempla una triple dimensión: 1. Nulla poena sine lege. No hay sanción sin ley anterior que lo establezca como tal. 2. Nulla poena sine crimine. De estar determinada la conducta amenazada. 3. Nullum crimen sine poena legali. sus teorías sirvieron de base para codificaciones como el Código Penal de Baviera de 1813, que después tendría un gran influjo en otros Estados alemanes (Sajonia, Württemberg, Hannover y Brunswich), así como en códigos sudamericanos. Su aportación fue decisiva para la abolición de la tortura en Baviera (1806), y dejó sentadas las bases para la adopción del sistema de procedimiento público. Dentro de sus obras las más representativas son: Crítica De Los Derechos Naturales (1796), Manual De Derecho Común Alemán (1801)

¹³⁴ CARRARA, F.: “Programa de Derecho Criminal...,” Ob. Cit. Bogotá 2004. Tomo I, prolegómenos, Pg. 11.

*conformó a esta ley, y lo guía a ello así como guía a sus fines todo lo creado, gracias a las tendencias, que es decir atracción: fuerza única, inmensa, con la cual actúa el poder divino sobre todo lo creado*¹³⁵

Sumado a lo anterior, Carrara parte del método deductivo en la producción de su pensamiento, cuestión que reafirma al expresar “... *que el derecho de castigar existente en la sociedad se deriva de la ley natural, lo demuestra el encadenamiento de las inconcusas proposiciones que se enumeran a continuación:*

- *Que existe una ley eterna, absoluta, constituida por el conjunto de los preceptos que dirigen la conducta exterior del hombre, y promulgada por Dios a la humanidad mediante la pura razón. Los juristas teólogos expresan la existencia de ésta ley con la fórmula según la cual Dios pudo, debió y quiso imponer a los hombres la ley natural.*
- *Que esta ley le concede al hombre los derechos que le son necesarios para cumplir su misión en esta tierra. Admitido que el creador le ha puesto deberes al hombre, no se puede sin caer en el absurdo dejar de reconocer en la ley el carácter de ley jurídica, por motivo de la repugnancia que por si misma inspiraría una ley que impusiera deberes sin conceder los derechos que son indispensables para cumplirlos.*
- *Que de la necesidad absoluta en que se encuentran los hombres de gozar de estos derechos, se infiere necesariamente el*

¹³⁵ CARRARA, F.: “Programa de Derecho Criminal...,” Ob. Cit. Bogotá 2004. Tomo II, p 13.

- derecho de ejercer, aun con coacción, su tutela contra los que, arrastrados por impulso perverso, violan el deber de respetarlos.*
- *Que del libre ejercicio de estos derechos y de la respectiva obediencia al deber de respetarlos, nace el orden moral externo querido por la ley natural.*
 - *Que la necesidad de este orden, esto es, la efectiva protección de los derechos humanos, no se cumple en la sociedad natural, por el doble motivo de la imposibilidad de sostener el juicio sobre el derecho y sobre su violación, y por la imposibilidad material de impedir o de reparar la lesión del derecho.*
 - *Que por consiguiente es consecuencia necesaria de la naturaleza humana el estado de sociedad civil, que es como decir, de una sociedad en la cual, impere sobre los asociados una autoridad protectora del orden externo, por manera que el orden de la sociedad civil, muy lejos de ser una contraposición del orden natural, es antes bien, el único orden que la ley natural le impone a la humanidad”¹³⁶*

No obstante la diferencia en su fuente de producción, es claro que Carrara, (igual que Beccaria) piensa en un derecho penal adherido a la ley, *"La idea general del delito es la de una violación (o abandono) de la ley: en efecto, ningún acto del hombre puede reprocharsele si una ley no lo prohíbe. Un acto se convierte en delito cuando choca con la ley: puede un acto ser dañoso, puede ser malvado, puede ser ambas cosas a la vez, pero si la ley no lo prohíbe, no puede ser atribuido*

¹³⁶ CARRARA, F.: *“Programa de Derecho Criminal...”*, Ob. Cit. Bogotá 2004. Tomo II, Pág. 53, 54.

*como delito á quien lo ejecuta. Mas siendo varias las leyes que dirigen al hombre son múltiples, ante ésta idea general, el vicio (que es el abandono de la ley divina) y el pecado (que es la violación de la ley divina) se confundirían con el delito*¹³⁷ Con ello, se somete al texto legal y confía plenamente en que ese Derecho connatural al hombre que proviene de la voluntad divina, es el límite al poder del Estado y del juez.

Los límites trazados por Carrara para prevenir la interpretación judicial son de un mayor talante, inclusive, su pensamiento al respecto buscaba un dogmatismo infinito desde su concepción como lo manifiesta Nodier Agudelo Betancur, *“Carrara normalmente utilizó varios calificativos para referirse a su escuela: ‘Doctrina matemática’, ‘Doctrina ontológica’, ‘Escuela jurídica’ u ‘Ontológica’...”*¹³⁸ Por eso entre más perfecto estuviera determinado el concepto de movilidad del juez dentro de su función, menos posibilidades tendría de aplicar o interferir en el proceso legislativo; de ahí que quisiera llamar a su escuela en términos matemáticos u ontológicos.

En cuanto a la responsabilidad penal Carrara, entendía que ella residía en la libertad humana, la cual extraía de la imputabilidad moral, tomando el postulado ya predicado por la Iglesia católica de que el hombre es libre de cometer pecado, de igual forma que el hombre tiene la facultad libre de delinquir por eso dijo *“Los seres humanos tienen la posibilidad de determinarse, dando predilección a la acción o*

¹³⁷ CARRARA, F.: *“Programa de Derecho Criminal...”* Ob. Cit. Bogotá 1998. Tomo I, Pg. 45.

¹³⁸ AGUDELO, N.: *“El pensamiento jurídico penal de Francesco Carrara”*. Temis, Bogotá 1998. Pg. 16.

*a la inacción, según las conjeturas de su juicio. Este dominio es lo que compone la libertad de elección. Es por razón de esta facultad por lo que se le pide cuenta de los eventos a que se determina*¹³⁹

Aunado a lo anterior, y de cara a mostrar la manera como en Carrara incide el criterio de la discrecionalidad judicial, se puede observar que en su definición de delito concebido como *“la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”*¹⁴⁰ elabora un marco a partir de tres dogmas: Imputación Moral, Imputación Física e imputación Legal, mediante los cuales asegura la sujeción del juez a imponer penas siempre y cuando el comportamiento de quien delinque se ajuste al actuar con voluntad inteligente, al principio de causación del hecho y, como era de esperarse, al texto legal.

El maestro de Pisa, entonces, con éste modelo sistemático y dogmático, no pretendía el control estatal ni mucho menos; el poder que pretendía limitar era sin duda el del aplicador de justicia, así saldrían de la esfera de lo penal las personas sin capacidad de autodeterminación, los hechos cuya relación de causación no fuera demostrada y aquellos que no se encontraran al margen de la ley. El control estatal sobre la arbitrariedad, la infamia, la crueldad la desigualdad, ya venía impreso en la ley, al igual que Beccaría lo había

¹³⁹ CARRARA, F.: *“Programa de Derecho Criminal...”*, Ob. Cit. Bogotá, 2004. Tomo I, Pg. 156.

¹⁴⁰ *Ibídem* Pg. 43

dicho, y los seguidores de todo el pensamiento jurídico penal de la época rendían desmesurado culto a la prescripción legislativa.

Tal y como sucede en “De los delitos y de las penas” el marco de todos los pensadores de la Escuela Clásica se sirve del legislador y su democrática voz emitida por el pueblo soberano en pleno, para dar control a lo incontrolable: “la voz del juez” que debía ajustarse al texto legal y al método silogístico. Descartando, entonces, la posibilidad de que se pudieran dar varias interpretaciones sobre el mismo texto legal, de que se presentaran algunas zonas oscuras, los vacíos incontables y la ausencia de regulación de otros comportamientos.

Por todo lo anterior se puede afirmar que para el pensamiento clásico del Derecho penal, la incidencia del poder discrecional estaba presente, y ello se evidencia cuando se tiene en cuenta el control que sobre la actividad judicial se pretendía con los mecanismos metodológicos y sistemáticos antedichos, en especial con el principio de legalidad. Debe anotarse, así mismo, que no había conciencia plena de que la ley considerada en sí misma, podía ser la más clara fuente de discrecionalidad judicial porque no se vislumbraba como el problema sino como la solución. Debe enfatizarse además, en que la concepción de los principios de producción de esa ley se deducían de la “supra-ley” por consideraciones de sentido iusnaturalista. Por ello, el concepto de ciencia empezaría a jugar un papel importante en la creación posterior del Derecho penal y en toda su actividad; los criterios de método, objeto, sistema, serían el punto de partida hacia la gran crítica del positivismo criminológico que sienta allí sus bases,

precisamente contra el pensamiento mítico permeabilizado por la discrecionalidad del juez, el cual debía estar a lo dispuesto en una ley universal profundamente falible, incompleta y elaborada a base de pasiones personales.

1.1.2 Ferri y Lombroso en el positivismo criminológico

El criterio de sujeción a la ley cambiaría radicalmente. Los manuales e investigaciones suelen expresar que: dado el auge de las ciencias naturales, duras y exactas, se dio paso a lo que se denominó el positivismo criminológico. En realidad lo que ocurrió frente a los conceptos jurídico-penales reinantes fue un fenómeno un poco más complejo que la simple presencia de influencias externas que modificaran “una escuela por otra”.

Dentro de un enorme ramillete de pensadores, los nombres de Francis Bacon y Augusto Comte, resaltan en el impacto histórico y político que llevaría al Derecho penal a repensarse y reelaborarse de la mano del pensamiento positivista¹⁴¹. El concepto de “ciencia” en especial desde la visión de A. Comte pondría en serios aprietos las doctrinas dominantes de Rousseau y Voltaire, debido a que en su “curso de filosofía positiva¹⁴²” 1830-1842 el pensador francés asume la razón y la ciencia como los únicos pilares sobre los cuales debe edificarse el

¹⁴¹ El término positivismo fue utilizado por el filósofo y matemático francés del siglo XIX Auguste Comte, para significar el resultado de la observación determinada en hechos repetidos de la naturaleza, no obstante sus criterios están sin duda influenciados por el filósofo británico David Hume, el filósofo francés Saint-Simon, y el filósofo alemán Immanuel Kant.

¹⁴² COMTE, A.: “*Curso de filosofía positiva*” Ed. Punto de encuentro. Buenos Aires 2009.

curso de la humanidad, los cuales son suficientes para dirigir el orden social, alejándose de criterios obscurantistas y metafísicos¹⁴³.

Es Comte quién acuñaría el término positivismo; positivo es para éste pensador, según Pacho García Julián¹⁴⁴ *“un requisito metodológico que propugna partir de lo dado, de los hechos positivos, para evitar las especulaciones arbitrarias e inútiles en las que se entretiene la metafísica. Ya desde éste primer sentido, positivo equivale a útil, pues sería útil en varios sentidos la actitud cognitiva que se atiende a los hechos”*.

El pensamiento positivista de finales del siglo XVII y principios del XVIII, es lo que marca la diferencia de una concepción iusnaturalista eminentemente especulativa, mítica y carente de científicidad contra una concepción positiva, para el positivismo según Pacho: *“Su facticidad alberga el fundamento de su utilidad que se objetiva, primero en rasgos epistémicamente positivos tales como la precisión y exactitud conceptuales, el control subsecuente de la arbitrariedad representacional, siempre latente en el espíritu humano y la supresión de falsos problemas generados en la supuesta cara oculta de los fenómenos. Todo ello se consigue limitando el análisis científico a los objetos de la experiencia, esto es, a los hechos positivos...en resumen podríamos decir, que es positiva la actitud cognitiva que se atiende a los hechos porque: a) evita infringir o falsear la realidad mediante especulaciones arbitrarias, b) da lugar al conocimiento de un mundo*

¹⁴³ Cfr. MOYA CANTERO, E.: *“La disputa del positivismo en la filosofía contemporánea”*. Universidad de Murcia, Servicio de publicaciones. Murcia 1998.

¹⁴⁴ PACHO GARCÍA, J.: *“Positivismo y Darwinismo”*, Ed. Akal, Madrid 2005. Pg. 8, 9 y 10

*más seguro, aunque limitado, y c) es social porque es humanamente útil.*¹⁴⁵

Ahora bien, para el pensamiento de la época, en especial en las ciencias duras o exactas, posicionadas bajo métodos causal explicativos basados en la observación, con enfoques cuantitativos, métodos exactos, cuya visión social es la utilidad de la precisión científica como herramienta social; resultaba casi irrisorio, que el derecho penal (y en general la teoría del derecho de antaño) se presentara ante las perspectivas positivistas de entonces, como “La ciencia del derecho penal” alegando en su seno el método deductivo y aduciendo como objeto central de su estudio el mítico postulado naturalista del derecho, según el cual el derecho es inmanente al hombre, y en su versión teológica esgrimiendo su legitimidad en fuentes normativas creadas por una divinidad.

El Derecho penal entonces giró en torno a un único concepto “*la discrecionalidad judicial*”, en las líneas siguientes se desarrolla ésta afirmación.

Al contexto científico, poco y nada le interesaba el proceso de creación de la ley, lo que si interesaba y motivó los trabajos posteriores del Derecho penal, era la forma científica que utilizaría quien impusiera la pena, como se verá con fines de prevención y protección social, alejando así al operador judicial de criterios especulativos y llevándolo por la senda de la ciencia.

¹⁴⁵ Ibídem Pg. 9

Es de anotar que a finales del siglo XVIII la situación económica, política y social en Europa dada la crisis del capitalismo y la presión de algunos movimientos obreros no era la mejor.

La finalidad de todo sistema penal siempre será evidenciada por los miembros de la comunidad en la disminución de los índices de criminalidad, de ahí que para la época de producción del denominado positivismo criminológico se presentaban altos índices de criminalidad, lo que entre otros permitió exponer las tesis positivistas en contra del aparentemente ineficaz sistema promulgado por la escuela clásica. En términos de E. Ferri “la consciencia colectiva reclamará un remedio científico y legislativo”¹⁴⁶

El Derecho penal bajo los criterios del positivismo criminológico se caracterizó principalmente por la influencia del médico Italiano Cesare Lombroso, apasionado por la psiquiatría, excombatiente de la guerra contra Austria y gestor del pensamiento biológico en el Derecho penal. Mediante sus análisis y estudios, estableció para la escuela de pensamiento en estudio que la gran diferencia entre el hombre delincuente y aquel que no lo es, consiste en establecer la diferencia entre “lo normal” y “lo anormal” definiendo características del comportamiento en el hombre delincuente que estaban supeditadas a ordenes biológicos y morfológicos, dando así paso de contera al auge de la antropología criminal. En su estudio sobre la Foseta occipital media por ejemplo, defiende la tesis de que mediante la misma es

¹⁴⁶ FERRI, Enrico.: “*Sociología criminal*”. Centro editorial de Góngora. Madrid 1907. Pg. 10

posible establecer la relación entre seres inferiores y la anormalidad del hombre delincuente. Así mismo en los estudios fotográficos realizados a seis delincuentes encuentra características morfológicas que se añan a sus hipótesis como, senos nasales pronunciados, mandíbulas de gran tamaño orbitas grandes y separadas, en fin características que aproximaban al hombre con la bestia irracional que procuraría la comisión de los delitos¹⁴⁷.

Lo anterior lo llevó a la inefable virtud de las ciencias exactas, a determinar ese hecho positivo que caracterizaría al delincuente inclusive antes de la comisión de su hecho, lo que permitiría sin duda la evitación de los delitos con la predicción biológica y antropológica, de la hipotética y posterior conducta del hombre criminal. Por ende, los hombres “feos” son “peligrosos” por su tipología, y su peligro está representado en sus características morfológicas.

No obstante quien recoge el pensamiento Lombrosiano y lo convierte realmente en toda una teoría aplicable al fenómeno social será el sociólogo Italiano Enrico Ferri, quien a pesar de sus críticas, siempre reconoció en Lombroso el gestor de las tesis positivistas para el Derecho penal.

Su trabajo fue sistematizador y adicionó al pensamiento de Lombroso, la figura del “Medio” social donde se desenvuelve el fenómeno criminal

¹⁴⁷ LOMBROSO, C.: L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza alla psichiatria (cause e rimedi). Torino: Fratelli Bocca Editor, 1897. Pg. 5 y ss. Disponible en: «http://www.unito.it/unitoWAR/page/biblioteche4/B066/B066_Lombroso1». fecha de consulta noviembre de 2013

producto de los factores biológicos. Concluía que si los factores biológicos no explicaban por completo la conducta criminal, los factores sociales complementaban ésta circunstancia ya que los dos debían estar en plena armonía.¹⁴⁸

Al pensamiento de los dos anteriores, se sumaría la obra del profesor Rafael Garófalo, quien desarrolló un concepto de delincuente, partiendo de la base del sentimiento humano: piedad y probidad eran los sentimientos lesionados por el delincuente actuando en contra de todo criterio social. Para Garófalo *“El delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentir moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida que se encuentra en las razas humanas superiores, medida que es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad”*¹⁴⁹

Según Bergalli, la escuela positivista con la sistematización adelantada por Ferri, respondería a lo siguiente: *“No más derecho, no más antropología, no más psicología, sólo sociología criminal; o sea, no más el delito en relación con determinados fenómenos más o menos complejos de la vida social, sino el delito en relación con toda la vida y toda la realidad, en la cual se buscan, precisamente, las raíces profundas e infinitamente múltiples de la acción humana en general y de la acción delictiva en particular”*.¹⁵⁰

¹⁴⁸FERRI, E.: *“Sociología criminal...”*, Ob. Cit. Madrid 1907. Pg. 53, 54, 55, 91-100

¹⁴⁹GARÓFALO, R.: *“La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión”*, Traducción de Pedro Dorado Montero. Madrid: S.F, S.P. Tomado de: BERGALLI, R.: *“Perspectiva sociológica: sus orígenes. En: El pensamiento criminológico. Un análisis crítico”*. Bogotá: Ed. Temis. Bogotá 1985. P 102

¹⁵⁰BERGALLI, R.: *“Perspectiva sociológica: sus orígenes...”*, Ob. Cit. Bogotá 1985. Pg. 103, 104.

El panorama general de ésta escuela en el derecho penal muestra cual importante es la discrecionalidad en su contexto. Puede observarse que el pensamiento positivista criminológico se dirige en dos sentidos: de un lado, la evitación del pensamiento mítico, es decir, un no rotundo a la fundamentación de conceptos en criterios anti-científicos, generales, abstractos alejados del mundo ontológico; y, de otro lado, un no rotundo al precepto hipotético legal, puesto que sus contenidos se limitan dentro del mismo sabor de la incertidumbre y el apasionamiento subjetivo del legislador evitando, como es de esperarse, que el juez tenga siquiera la posibilidad de imponer en el supuesto legislativo una sanción, ésta última de lo que va acompañada es de criterios eminentemente científicos que obligan al juzgador a mantenerse a lo dispuesto ya no en la ley sino en la ciencia.

La discrecionalidad judicial, por tanto, se controla ya no en modo subjetivo como en el pensamiento de la escuela clásica, sino que conscientemente se evita bajo el postulado inflexible de los hechos positivos delineados por mecanismos científicos.

1.2 La Dogmática y el positivismo alemán.

1.2.1 F. Von Liszt y el concepto clásico del delito.

El pensamiento jurídico penal alemán se caracterizaría desde sus inicios por la cientificidad y el positivismo, ya no dimensionado desde el delincuente como en el pensamiento positivista de inclinación naturalista (Criminológico) italiano, sino desde una visión positiva de la norma, “el hecho positivo es la norma”, por ello, es posible hacer ciencia del Derecho penal, desde el mismo Derecho penal, siguiendo el derrotero del derecho general. No se justifica el derecho desde un ámbito distinto a él mismo, y su ciencia está enmarcada en la visión de la norma como objeto y en la Dogmática como método; por ello, es posible desde el discurso dogmático generar verdades irrefutables teniendo como centro del discurso el derecho positivo.

Bajo ésta premisa, los trabajos del positivismo alemán podrían sustentar que el derecho es ciencia dado su carácter de positivo, observado la norma elaborada bajo criterios irrefutables. En sus inicios era evidente que las categorías inmutables deberían tener como sustento la naturaleza misma de las cosas, por tanto se llegó a definir de manera puntual y naturalística cada una de las categorías que llevarían a establecer que un comportamiento era delictual, dependiendo de si, el individuo con su quehacer enmarcaba en los trazos de su conducta las categorías previamente establecidas.

El concepto de delito formulado por los pioneros del positivismo penal alemán,¹⁵¹ marcarían el derrotero fincado en la hipotética esperanza, de que el juez o juzgador conociendo la definición naturalística y ontológica de cada categoría y sus límites, enmarcaría el comportamiento delincuencia en ellos, y determinaría si se habría o no infringido lo determinado en la ley penal, al margen del comportamiento entendido como “una inervación muscular que modifica el mundo exterior y es perceptible por los sentidos”¹⁵², se puede observar cómo, todo un diseño metódico y estructurado guiaría al juez por la senda de la decisión. El positivismo jurídico en sus inicios, como se vio en capítulo precedente, confiaba plenamente en la lógica del silogismo, dejando al juez la tarea de enmarcar el comportamiento en la ley, sin más, Los pensadores de principio en el derecho penal, centraron ésta base para el concepto del delito, en una categoría jurídica a la que denominaron tipicidad¹⁵³ utilizando la mecánica del positivismo de la época y creyendo en el control judicial determinado por lo descrito en la norma, dando así paso a la fe ciega en el principio de legalidad como presupuesto, principio y fin de la

¹⁵¹ F. Von Liszt, Ernst von Beling, Karl Binding y Adolf Merkel.

¹⁵² SIERRA H, M,- CÁNTARO A, S.: “*Lecciones de Derecho Penal: Parte General*”. 1 ed. Universidad Nacional del sur. Ed. Ediuns. Bahía Blanca 2005. Pg. 152

¹⁵³ En “Tipicidad e Imputación Objetiva” DE LA CUESTA AGUADO. P.: hace un breve y puntual recuento sobre el surgimiento de la categoría de la tipicidad. “Es en 1867 el año en que Ihering desarrolló para el derecho civil el concepto de antijuridicidad objetiva, distinguiéndolo del concepto de culpabilidad cuando se convierten en base de un nuevo concepto de delito, tras su adecuación al ámbito penal por Von Liszt y Beling abandonando definitivamente la teoría de la imputación. Binding con su teoría de las normas profundiza en el concepto penal de antijuridicidad caracterizado por la infracción de prescripciones y prohibiciones de carácter general contenidas en la ley penal. Finalmente Beling logra aislar y definir la categoría de la tipicidad como elemento intermedio entre acción y antijuridicidad”. DE LA CUESTA AGUADO, P.: “*Tipicidad e imputación objetiva*”, 2ª ed. 2ª reimpresión, Ed. Jurídica de Cuyo, Mendoza 2006. Pg. 41

actividad judicial. A La definición de conducta y al criterio de lo típico en el comportamiento judicial se agregarían la antijuridicidad y la culpabilidad psicológica. El primero ajustaba la formalidad de la norma y su contradicción con el comportamiento delictual, convirtiéndose posteriormente en un indicio de la tipicidad y el segundo desentrañaba lo querido o pretendido por el sujeto y su relación psicológica con el resultado obtenido, lo que resultaba en un hecho punible; o en defecto de lo anterior, la derivación de lo punible de lo que es obligatoriamente previsible pero imprudentemente olvidado por el sujeto, cuestión que también resultaría punible pero de manera aminorada a título de culpa.

El control de la imposición de la pena se sustraía entonces a la dinámica de las categorías dogmáticas, no pudiendo el juzgador imponer pena o abstraerse de imponerla, en caso de contar con prueba suficiente que determinara para el comportamiento en particular la presencia de las categorías antedichas.

Los postulados de ésta línea de pensamiento dejarían muchas dudas sobre su construcción, en especial si el mecanicismo exagerado era el ideal del pensamiento jurídico penal que debería marcar la pauta para las construcciones posteriores.

En lo que atañe a éste trabajo las preguntas son de otro tenor, en especial si la actividad judicial y la discrecionalidad que la acompaña tenían verdaderos límites bajo los preceptos aludidos por Von Liszt y sus seguidores o por el contrario la búsqueda de ideas que hicieran más estrecho el margen de probabilidades para el juzgador.

1.2.2 Los neokantianos y la influencia de los juicios de valor

Las teorías neokantianas inspirarían una nueva Forma de ver el mundo indiscutiblemente dotado de valoración¹⁵⁴; se presentará una visión distinta para el derecho basado en las denominadas ciencias del espíritu¹⁵⁵. El pensamiento cultural afectaría a principios del siglo XX todas las construcciones dogmáticas las cuales se verían invadidas de juicios de valoración, bajo la premisa innegable de que el comportamiento humano, base, principio y fin de la actividad criminal no era una acaecer mecánico, sino que frente a él se manifiestan distintas formas de aparición axiológica.

Entre los años 1900 y 1930, se distinguen, por un lado la denominada escuela de Baden¹⁵⁶, representada entre otros por H. Ricket y W. Windembrand y de otro la escuela de Marburg representada entre o por H. Cohen y P. Natorp.

Una de las instituciones más relevantes para explicar el nuevo paradigma que marcaría la pauta y haría desvanecer el pensamiento puramente mecanicista es la omisión, su elasticidad bajo el concepto neokantiano pondría en serios aprietos a von Liszt y sus seguidores,

¹⁵⁴ En la fisiología neo-Kantiana sobresalen filósofos como: Hermann von Helmholtz y Gustav Theodor Fechner, Hermann Cohen, Paul Natorp, Wilhelm Windelband, Aloys Riehl. Así mismo en la formación de sistemas destacan, Los sociólogos Georg Simmel y Max Weber, el jurista Rudolf Stammler o los teólogos Johann William Herrmann y Julius Wilhelm Kaftan. En la escuela de Marburgo Friedrich Albert Lange y en la escuela de Baden Heinrich Rickert junto con Wilhelm Windelband quienes fueron sus fundadores.

¹⁵⁵ DILTHEY, W.: *“Introducción a las ciencias del espíritu”* Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1994. p. 12 y ss.

¹⁵⁶ RECASÉNS SICHES, Luis.: *“Panorama del pensamiento jurídico en el siglo xx”*. Ed. Porrúa. México. 1963

puesto que según los postulados que se enarbolaban poco a poco, era muy posible que alguien desarrollara un hecho criminal sin acción mecánicamente entendida y, por el contrario, partiendo de la base de la no actuación, llegara a la comisión del hecho penalmente relevante. ¿Era ello posible? ¡Claro! Aquel que deja de hacer algo estando en la obligación de hacerlo bien puede estar produciendo un resultado criminal, así: la madre que no da de comer a su hijo recién nacido simple y llanamente le mata. Todo comportamiento humano tiene un espacio valorativo que le puede incluir o inclusive excluir del ámbito del Derecho Penal.

Todas las instituciones dogmáticas en el derecho criminal se verían impregnadas de un nuevo concepto, sin abandonar el derrotero de cientificidad del Derecho lo que exigía la revisión de criterios y la muy anhelada aplicación exegética de principios.

La nueva tendencia sin embargo en la creencia de haber hecho un maravilloso aporte, abrió una puerta a la posibilidad de intervención judicial en lo conductual del ser humano y de la decisión, así lo afirmaría más adelante H. Welzel, citado por S. Mir “El concepto de realidad aprehensible por la ciencia del Derecho penal era para los neokantianos idéntico al positivista. La diferencia se hallaba en la cabeza del sujeto, encargado de aportar al proceso de conocimiento jurídico su valor”¹⁵⁷ ello porque al dotar de conceptos valorativos las instituciones que creó el sujeto “valorante” el legislador se sintió

¹⁵⁷ MIR PUIG, S.: *“Introducción a las bases del Derecho penal”* Ed. B de F. Montevideo, 2002. Pg. 219

inmediatamente ante la posibilidad de elaborar juicios hipotéticos valorativos, que a la postre serían consumados en la actividad judicial, de tal suerte que a la ambigüedad del lenguaje en la norma, se sumó la posibilidad de participación judicial a través de la valoración del hecho.

Lo anterior no podía ser de otra forma, ya que la filosofía de la época lo reclamaba; éste hecho entró en contradicción directa con toda la dogmática mecanicista del Derecho penal. Como bien lo anota Mir, el objetivo central de la escuela sudoccidental alemana, era la fundamentación de un método específico para las ciencias del espíritu en donde estaba incluido por supuesto el Derecho¹⁵⁸; así, la precisión y exactitud esperada so pena de dejar espacios de ambigüedad en manos del juzgador, se desvanecen ante un hecho que históricamente debería ser así, las cosas son como son y no serán de otro modo, entre ellas la susceptibilidad de someter a juicios de valoración los comportamientos humanos y de contera las conductas criminales, la mecánica precisión inspirada por Von Liszt y sus seguidores se desvanece por completo al tratar de fundamentar por ejemplo, por qué la injuria y la calumnia, resultan siendo hechos delictivos en algunos casos y pese a la utilización del mismo lenguaje en otros no, dependiendo del propósito o finalidad del agente en la expresión de las palabras, aquella ofensa o imputación de conducta criminal, resultaría punible dependiendo, en un supuesto legal de la dirección de la ofensa o de la imputación, de tal suerte que el juez discrecional, sin duda y dependiendo de las circunstancias, impondrá o no la

¹⁵⁸ *Ibidem* Pg. 216.

sanción, desde su propia valoración del contexto, mas nunca de lo contenido simplemente en la descripción típica.

1.2.3 El finalismo

Siguiendo el derrotero dogmático y con una propuesta dirigida a corregir el pensamiento técnico jurídico, haría su aparición en la escena universal del derecho penal el jurista Hans Welzel¹⁵⁹ a quien se le etiqueta como el padre del finalismo, nombre que tomaría de su tesis arraigada en la conducta humana, considerada ya no como un fenómeno causal explicativo, sino dirigida finalmente hacia la realización del resultado punible. Centrando su pensamiento en lo que denominó estructuras lógico objetivas¹⁶⁰, sustentadas de un lado en el concepto de culpabilidad como reprochabilidad, y de otro, fijando que la gran propiedad de la conducta criminal que debe ser predicada, es llevar implícita en ella el elemento “dolo”, de tal suerte que el comportamiento humano desde su concepción hasta la concreción de su resultado enmarca el querer del agente. Así las cosas quien adelanta la conducta criminal, se traza por decirlo en sus términos “Una carretera” de principio a fin, diferenciando la costumbre dogmática de la época, de someter al concepto de culpabilidad psicológica el concepto antedicho, y poniendo de presente que la intencionalidad en el agente debe estar enmarcada en la conducta y no residir en un elemento diferente.

¹⁵⁹ Cfr. WELZEL, H.: “*Estudios de Derecho Penal*”. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Ed. B. de F. Madrid 2002.

¹⁶⁰ Cfr. WELZEL, H.: “*Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*”. Ed. B. de F. Madrid 2005.

Desde el punto metodológico y científico, Welzel rechaza la idea de concebir valores universales independientes, ya que asume que el derecho positivo se sujeta a limitaciones intrínsecas, así, manifiesta que el Derecho como ciencia tiene la labor de construir estructuras lógicas y objetivas. Refiere Velázquez refiriéndose a la obra de Welzel que “éstas estructuras ontológicas le han sido dadas de antemano al legislador y le demarcan los límites de su actividad creadora: son objetivas, porque una vez que han sido conocidas existen independientemente de que sean aceptadas o rechazadas con posterioridad; y son lógicas pues su inobservancia trae aparejada contradicción interna y falta de unidad del orden jurídico”.¹⁶¹

Las estructuras lógico objetivas¹⁶² enunciadas por el jurista alemán, tratarían en lo posible de retornar el rebaño a su corral, de tal suerte que el concepto del delito fuera uniforme y en su núcleo de carácter sólido; la discrecionalidad ya no estaría en un punto tan libre, sino que debería responder a la lógica de conceptos como el anteriormente expuesto. Pese a que el afán de Welzel no era en un principio la discrecionalidad judicial, sí lo era enmarcar técnica y científicamente el concepto del delito al interior de una estructura sólida, que no permitiera vacilaciones en el juzgador dado su carácter de lógico y de objetivo. Como lo anota Cerezo Mir, *“El finalismo tiene aún hoy una gran vigencia en la Ciencia y en la legislación de España y los países iberoamericanos, a pesar de la difusión del sistema teleológico-*

¹⁶¹ VELÁSQUEZ, F.: *“Derecho Penal parte general”*. Ed.. Comlibros. Bogotá 2009. Pg. 375, 376

¹⁶² WELZEL, H.: *“Das Deutsche Strafrecht”, 11.ª ed.*, Berlín, Walter de Gruyter y Co., 1969, Versión en español: *“Derecho penal alemán. Parte General”*, Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 1970.

*valorativo y político criminal de Roxin y del funcionalismo sistémico de Jakobs*¹⁶³”

Sin embargo, de la búsqueda de respuestas a la estructura de núcleo sólido, la propuesta de Welzel sería objeto de críticas ante la posibilidad de desdibujar ante el apoteósico sustento de su teoría del dolo sentado en las bases del tipo penal, una debilidad que costaría mucho en sus bien estructuradas tesis. La pregunta sería simple y se encaminaría a establecer si la conducta humana es final, cómo explicar los comportamientos culposos que en principio no gozan de una estricta dirección; al respecto, Welzel, sufragaría el inconveniente sobre la base de la infracción al deber de cuidado basándose en criterios como el hombre medio y pese a la solidez con la que trató de explicar sus tesis lógicas objetivas, lo cual, fue objeto de críticas en éste punto puesto que la fundamentación en éstos términos del delito imprudente, demostraría que lo que hacía sólida su tesis en los delitos dolosos, la hacía permeable frente a los imprudentes.

Es de resaltar que lo interesante en éste punto no es el debate acerca de la dogmática y la profundidad con la que se acoja una tesis u otra. Para ésta investigación lo que resulta importante desde éste somero análisis de la dogmática- positivista- normativa alemana, es resaltar el afán de los juristas alemanes por la búsqueda de la científicidad de la

¹⁶³ CEREZO MIR, J.: “*La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos*”. Revista Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, www.zis-online.com Disponible en http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/280709/dp-influencia_welzel.pdf. Fecha de consulta febrero de 2013. Madrid 2009. Pg. 200 a 211

Norma como objeto, de tal forma que la real pretensión de todo el debate, está dirigido a la creación de una serie de dogmas que se afirmen en verdades sostenidas como positivas, que le cierren la puerta a la libertad del juzgador y que le obliguen a fijarse en presupuestos incontrovertibles a la hora de justificar la imposición de la pena.

Así las cosas, lo dicho demuestra, que el debate dogmático se presenta no solo como diferencia de conceptos de los sistemas penales, sino como prueba de la evidente imposibilidad de controlar la interpretación y aparición de la discrecionalidad emergente siempre y en todo sentido, aún en los diseños más complejos y aparentemente más objetivos.

Con el advenimiento del nacionalsocialismo y, de contera, con la Segunda Guerra Mundial, las construcciones teóricas sufrirían un vuelco, con el cual se echa por tierra la sustentación del derecho general y, así mismo, del Derecho penal desde el prisma del concepto de sistema-ciencia del Derecho¹⁶⁴ y desde el fundamento de su legitimidad, se impregnó de conceptos sociales, humanitarios y garantistas. El derecho penal a fuerza del cambio en el sustrato filosófico del derecho, se vería obligado a asumir posturas que le permitieran estar a tono con la nueva fundamentación y pensamiento político y jurídico.

¹⁶⁴ MÜLLER, Ingo.: *“Los Juristas del Horror”* Ed. Alvaro Nora. Traducción de Carlos Armando Figueredo. 2009

A continuación, a partir de tres de sus principales representantes más eximios, pondré de manifiesto el derecho penal de la postguerra, su fundamento, límites y en especial la incidencia de la discrecionalidad judicial en él.

2. Discrecionalidad y legitimidad en el Derecho penal contemporáneo (la tesis prevalente)

Para la presentación del Derecho penal contemporáneo surgido en la posguerra, debe acudir a tres de los representantes más eximios, sin el propósito de dejar fuera un sinnúmero de exponentes de igual o mayor importancia.¹⁶⁵

A tal efecto, se hace referencia a los profesores Claus Roxin como representante del funcionalismo moderado del Derecho penal, Günther Jakobs en su visión radical funcionalista y Luigi Ferrajoli en lo que respecta al garantismo. Lo que motiva su escogencia, es la fidelidad de la doctrina al seguir sus tesis y defenderlas, presentándolas en contraste a sus infinitas, pero en definitiva aparentes diferencias¹⁶⁶. En lo que respecta al derecho penal cada uno de ellos, asume una postura que frente a los otros es muy distinta en el plano de lo que debería ser, paradójicamente, el mismo Derecho penal que defienden

¹⁶⁵ Sobre el particular véase el artículo del profesor Luis García Martín “El Derecho penal moderno del Estado social y democrático de Derecho” Suprema Corte de Justicia y de la Nación. Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/El%20Derecho%20Penal%20Moderno.pdf>. En donde se hace una completa referencia a los diferentes doctrinantes actuales y más productivos del Derecho Penal contemporáneo. Fecha de consulta: agosto de 2013. México.

¹⁶⁶ Es incuestionable que las doctrinas contemporáneas casi en su totalidad acogen con relativo éxito las tesis sugeridas por los autores a los que se pretende contrastar.

todos; esto es: un sistema normativo, con fijación exclusiva a la ley, adherido al ius-positivismo teórico y que por ende propugna por el Derecho penal como ciencia, la separación entre derecho y moral, y como es obvio, la aceptación de la discrecionalidad judicial etc.

2.1 Funcionalismo y Garantismo penal

El Derecho penal de la postguerra se asentaría en un marco diferente, los hechos acontecidos durante la segunda guerra mundial, el régimen nazi y las propuestas legislativas discriminatorias aberrantes e ilegítimas, darían como resultado el re-pensamiento de un Derecho penal sentado sobre bases sociales, confiadas a un constitucionalismo naciente.

El derrotero de la defensa de la dignidad humana como principio rector y el Estado social de Derecho, marcarían una nueva pauta que se reflejaría en un Derecho penal constitucional, basado en principios orientadores de la actividad legislativa pero sin abandonar el positivismo como tesis fundamentadora de la producción científica.

2.1.1 Claus Roxin y el Bien jurídico como baremo

Tras la II guerra mundial –explica Claus Roxin¹⁶⁷- *“la ciencia jurídico penal alemana intentó establecer una delimitación del poder de*

¹⁶⁷ ROXIN C,- SCHUNEMANN B,- HASSEMER W,- VON HIRSCH A,- FRISCH W.: *“La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o Juego de abalorios dogmático?, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?”*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2007. Pg. 444

intervención penal con ayuda de la teoría del bien jurídico. La idea fundamental era que el derecho penal sólo podía proteger bienes jurídicos concretos, y no creencias políticas o morales, doctrinas religiosas, ideologías sobre el mundo, o meros sentimientos.” Vale recordar que el régimen nazi utilizaba argucias punitivas a fin de proteger los intereses del partido. Así mismo Roxin con su tesis del bien jurídico, pretende alejar el sentimiento religioso de antaño, a nombre del que el Derecho penal se convirtió en escenario de barbarie e injusticia durante la edad media.

La teoría sostenida por el profesor alemán¹⁶⁸, considera que la base de legitimación del derecho penal, no se encuentra simplemente en la voluntad del legislador, sino que ésta debe obedecer a criterios de delimitación fijados en la protección de bienes jurídicos, es decir que la finalidad de toda amenaza penal, debe ser la prevención de lesiones a bienes jurídicos. Bajo ésta premisa entiende Roxin, debe estar consignada toda la norma penal. Sin embargo éste propósito ha sido objeto de críticas, en especial durante los últimos años.

Von Hirsch sostiene que el concepto de bien jurídico como entidad preexistente a la labor del legislador simplemente: “*no existe...*”, “*el concepto de bien jurídico no ofrece enfoques apropiados para la*

¹⁶⁸ Sobre bien jurídico se han escrito numerosos tratados y se han elaborado un sinnúmero de definiciones, en los escritos de Jager, Amelung, Hassemer, Hefendehl etc. Sin embargo, el principal exponente y su más arraigado pionero es el profesor Claus Roxin por tanto para no entrar en un debate que signifique la concentración de éste trabajo en desviar el fin último propuesto, me referiré esencialmente a la tesis de éste profesor y a las críticas propuestas especialmente a sus postulados.

*limitación inminente del derecho penal.*¹⁶⁹ Stratenwerth¹⁷⁰ sostiene que es imposible una definición de bien jurídico dentro de todas las que se han esgrimido; es “*como lograr la cuadratura del círculo*” pues que la construcción del tipo penal no es para proteger bienes jurídicos, sino que allí reside lo indeseable de la conducta; en otras palabras, cuando el legislador considera una conducta indeseable, simplemente debe establecerla en el tipo penal, ya que la voz del parlamento es la voz de la sociedad. Finalmente G. Jakobs sostiene en sus tesis radicales, que la finalidad del derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, sino la confirmación de la vigencia de la norma, es decir que el derecho penal protege el ordenamiento jurídico¹⁷¹.

Ahora bien, la teoría defendida por Roxin sobre el bien jurídico, parte del presupuesto de que los límites del Derecho penal se deben extraer de la función social de éste. El Derecho penal procura a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura en la medida en que ello no se pueda lograr a través de otros medios menos comprometedores de la libertad de cada individuo; lo que resulta acorde con las tesis democráticas de vanguardia. De tal suerte que en un Estado democrático de derecho, el derecho penal solo puede comprometerse con asegurar la convivencia pacífica, libre y segura que garantice al tiempo los derechos humanos. Debe aparecer como la última medida, en caso de que dicho objetivo no se logre

¹⁶⁹ HIRSCH, y SPINELLIS, citados por: Roxin ROXIN C,- SCHUNEMANN B,- HASSEMER W,- VON HIRSCH A,- FRISCH W.: “*La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal...*” Ob. Cit. Madrid 2007. Pag. 425, 426, 427

¹⁷⁰ *Ibidem* Pg. 337, 338, 339, 340.

¹⁷¹ JAKOBS, G.: “*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*”. Ed. Civitas. Madrid 2000.

conseguir mediante instrumentos menos incisivos. Según, el profesor alemán los bienes jurídicos son todos los objetos que son legítimamente protegibles por las normas bajo los criterios antedichos¹⁷².

Los bienes jurídicos son por tanto *“realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”*¹⁷³ De ésta manera, no cabe duda que la definición a la que llega Roxin de bien jurídico, es la propuesta de un cedazo al proceso de construcción de la ley, en particular de la forma como el legislador debe tipificar conductas, nunca basándose en conductas simplemente atentatorias de la moral, los gustos, las buenas costumbres, los regímenes políticos etc., sino que esa elaboración sea a la vez protección y garantía. Es una directriz político criminal para el legislador que se plasma en una especie de manual de instrucciones que sirve para construir un derecho penal ajustado al estándar del Estado democrático y liberal de Derecho. Valga la pena en éste punto recalcar frente a su definición, las falencias por las cuales ha sido criticada su tesis esto es, su vaguedad y su escasa función limitadora.

¹⁷² ROXIN C,- SCHUNEMANN B,- HASSEMER W,- VON HIRSCH A,- FRISCH W.: *“La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal...”* Ob. Cit. Madrid 2007. Pg. 447.

¹⁷³ *Ibidem* Pg. 448

2.1.2 Günther Jakobs: la protección del sistema de normas y el enemigo en el Derecho penal.

Dos características fundantes tienen las tesis defendidas por Jakobs, de un lado la protección del sistema de normas a partir del derecho penal y de otro, la caracterización del Derecho penal del enemigo.

Tal vez la más clara diferencia entre el pensamiento de Roxín y el Pensamiento de Jakobs, en el funcionalismo de la postguerra, se evidencia del sustrato de lo que cada uno pretende con el derecho penal, como se explicó, Roxin sostiene una postura frente al bien jurídico que es el objeto legitimante y al cual debe dirigirse todo el derecho penal; en tanto que Jakobs, puntualmente propone basado en la sistémica Luhmaniana un Derecho Penal que propugne por la validez del sistema normativo y su protección.

Así las cosas, no es menester del derecho penal integrar discriminadamente cada bien en la norma para su protección, sino que el sistema normativo en su conjunto ha de ser protegido por el derecho penal. En términos de Jakobs, “Un orden social sólo puede representarse como orden de bienes en ámbitos muy restringidos, por el contrario, con carácter general -e incluyendo aquellos ámbitos-, se trata de un orden entre personas, en el que el bien, en parte, es decir, en los deberes positivos, es de una relevancia en todo caso secundaria. El Derecho penal protege la vigencia de la norma, y sólo

de modo mediato y parcial también bienes”¹⁷⁴. Resulta de la lectura del profesor alemán, que el derecho penal procura la vigencia de la norma¹⁷⁵ allí donde el sistema normativo reclama protección ante su desconocimiento, la pena aparece como el elemento restaurador, como garantía de que el individuo observe la norma y su conducta no se desvíe hacia un modelo diferente aparece la pena.¹⁷⁶

De otro lado, según lo afirman M. Grosso y C. Prittwits, fue en el mes de mayo de 1985 en el congreso de profesores de Derecho penal en Frankfurt, cuando Günther Jakobs utilizó por primera vez la expresión *Derecho penal del enemigo*¹⁷⁷. Tres etapas, sin embargo, pueden distinguirse en la evolución del concepto, una primera, en donde el mismo Jakobs descalifica la expresión por ser considerada contraria al Estado social y democrático de Derecho. Dicha expresión, sostiene Jakobs¹⁷⁸ se utiliza para designar un conjunto normativo de penalización de conductas “previas a la lesión del bien jurídico” y por tanto llevan consigo a un Derecho penal violatorio de todas las

¹⁷⁴ JAKOBS, G.: “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, Título alemán: “*Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention; Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung*” en “*los Desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI*”, Traducción de Manuel Cancio Meliá Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, Ed. Ara, Madrid 2005. Pg. 15

¹⁷⁵ JAKOBS, G.: “*Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*”. Ed Thomson, Civitas. Madrid 2004. Pg. 74, 75, 76 y 77.

¹⁷⁶ *Ibidem* Pg. 97

¹⁷⁷ El recorrido y las tres variantes narradas por ambos autores es de idéntico tenor, Prittwits, C.: “*Derecho Penal del Enemigo ¿análisis crítico o programa de Derecho Penal?*”, en Santiago Mir Puig/Mirentxu Corcoy Bidasolo, La política criminal en Europa, Atelier Barcelona, 2004 Pg. 107 a 119. Y Grosso, M.: “¿*Qué es y que puede ser el derecho penal del enemigo?*” en: “*Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la Exclusión*” Cancio Meliá/Gómez-Jara Diez. B de F. Buenos Aires 2006 Pg. 1 a 50

¹⁷⁸ JAKOBS, G.: “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*”, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en Estudios de Derecho Penal, Ed. Civitas. Madrid 1997. Pg. 293 323

garantías ciudadanas. Luego, en 1999 el concepto defendido en un principio presentará algunas variantes y en 2003 finalmente dará sentido a la expresión que hoy, con más pasión que ciencia, ha sido reubicada en el plano del Derecho penal, a costa en especial de los acontecimientos perpetrados por algunos grupos extremistas en diferentes lugares del mundo¹⁷⁹.

Sirva ésta pequeña introducción histórica para dar paso a la respuesta del siguiente interrogante: ¿qué debe entenderse por Derecho penal del enemigo, en los términos y para los fines en que Jakobs se refiere a éste?

En una entrevista formulada en 2006¹⁸⁰, Jakobs respondió a la pregunta ¿qué es el derecho penal del enemigo? de la siguiente forma: *“Es un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de allanamiento de morada con fines investigativos, la posibilidad de registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos*

¹⁷⁹ JAKOBS, G.: *“Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”*. Traducción de Manuel Canció Meliá, en *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Madrid 2003.

¹⁸⁰ JAKOBS, G.: Entrevista concedida al diario la nación de Buenos Aires el día miércoles 26 de julio de 2006. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs> fecha de consulta enero 2 de 2012.

para escuchas telefónicas. En esencia, el concepto de derecho penal del enemigo es una noción descriptiva que define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales y designa aquellos supuestos de especial peligrosidad para distinguirlos de aquellos otros supuestos en los que se produce una relación jurídica entre ciudadanos”.

Por supuesto, no es sorprendente que en el mundo de hoy, luego de los eventos de la segunda guerra mundial, con el advenimiento en masa de conceptos como el de Derechos Humanos, Estado social de Derecho, Garantismo penal, Mínima intervención etc. un reconocido penalista defiende ahincadamente, un modelo de Derecho penal bajo la premisa del autor y no del hecho cometido; esto es, que defiende un Derecho penal de autor en contraposición a uno de acto.

Suficientes críticas ha recibido ésta teoría, sin entrar a tomar postura en pro o en contra del pensamiento del profesor de Bonn, es imperioso resaltar la crítica, ya que de ella resulta un contenido que hace tomar fuerza a lo pretendido por Jakobs; entre las más célebres críticas, cabe resaltar la proferida por el profesor F. Velázquez¹⁸¹, en la cual se equipara el pensamiento y postura Jakobsiana con lo ocurrido con

¹⁸¹ Ésta conferencia fue pronunciada por el profesor colombiano Fernando Velázquez Velázquez el día 29 de octubre de 2004, entre las 5:20 y las 6:20 p.m., en el Auditorio de la Universidad Externado de Colombia con Sede en Bogotá, como ponencia de clausura del “IV Seminario sobre Filosofía y Derecho contemporáneo. Problemas actuales del Funcionalismo”, organizado por el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de esa institución. La mesa principal estuvo presidida por el Profesor E. MONTEALEGRE LYNNET - Director del ente organizador-, quien estuvo acompañado tanto de los Profesores G. JAKOBS y M. CANCIO MELIÁ (quienes, cuando se abordaba la décima crítica al modelo sistémico, repentinamente, abandonaron el Auditorio para regresar cuando ya se avanzaba hacia las conclusiones) como del Profesor J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES. Este trabajo ha sido publicado en la Revista de Derecho Penal y criminología, num. 14, julio 2004.

Adolfo Hitler durante el apogeo del Nacional socialismo en éstos términos: “... *En otras palabras: se posibilita la ingerencia del Derecho Penal en la conciencia moral de los ciudadanos, lo que es intolerable desde la perspectiva de un Estado de Derecho Social y Democrático, máxime que dentro del concepto de prevención general positiva acuñado, se acude a la idea del “ejercicio en la fidelidad al derecho” que es tomada de las construcciones del Derecho Penal de la época del Nacionalsocialismo. Esta última idea es la base del concepto de culpabilidad que se postula al cual se le tilda de “social”, pues no se es “culpable” cuando el sistema lo trata a uno como tal y lo hace así cuando no tiene alternativa*” refiriéndose a los hechos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial, de ello Jakobs se defendió en su conferencia denominada “*¿Derecho Penal del Enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*¹⁸²” en los siguientes términos: “*Probablemente aquel colega ni siquiera se dio cuenta de que su objeción sigue siendo abstracta: ¿Cuál es esa situación en la que hay que ocuparse del dictador que desprecia lo humano? ¿Después del restablecimiento de una situación conforme a Derecho, en cuanto prisionero sin posibilidades actuales de influencia? Bien, entonces nos podremos permitir la juridicidad y llevar a cabo un proceso que sea reconocido por todos como equitativo. O ¿se trata del Hitler hasta 1945? En tal caso, no creo que nadie ponga en duda la legitimidad del homicidio de aquel tirano mediante un atentado, y matar a un tirano de ese modo nada tiene que ver con tratarlo como persona en Derecho; se lo elimina en cuanto enemigo.*”

¹⁸² CANCIÓ MELIA, M.-GÓMEZ-JARA, C.: “*Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la Exclusión*”. Ed. B de F. Buenos Aires 2006. Pg. 95 y ss

Entre la definición y la discusión se pueden precisar muchas cosas del pensamiento de Jakobs. De la definición, se extrae la idea de “fenómeno” en el Derecho penal del enemigo, que, sin ser ordenado en la norma, se da en contra de quien resulta ser peligroso, no es la expectativa de poner en funcionamiento una tesis, es un evento vivo, en donde lo que se sanciona es la peligrosidad del sujeto y no su hecho, éste fenómeno a su vez se da en el ámbito sustancial y en el procesal. Según la crítica, aparentemente el tratadista retrocede a un derecho penal de autor y el retroceso se demuestra porque según sus detractores, lo correcto es el Derecho penal de acto o de hecho y no el Derecho penal de autor. Además, sus opositores manifiestan que desconoce los “avances” del Derecho penal frente a la Dogmática, entre otros la culpabilidad del delincuente asociada a la pena, la legalidad, la tipicidad de la conducta y pretende una sanción sin la corresponsabilidad de la proporción entre lo ordenado por el legislador como conducta grave y su “posiblemente” desmedida consecuencia.

Además, la defensa de Jakobs encuentra en su crítica el ejemplo ideal para reforzar su postura, ¿es legítimo perseguir y atentar contra la vida de un villano universal, por fuera de las virtudes de un derecho penal garantista? Sus contradictores corean un “no” rotundo por respuesta; sin embargo el jurista alemán, quiere hacer ver, que a Hitler ellos mismos, le hubiesen perpetrado el atentado, para dar por terminadas todas sus fechorías e infamias.

No solo el régimen de Hitler ha rodado como ejemplo, sino que los atentados del once de septiembre en los Estados Unidos y del once de marzo en Madrid, aunados al incremento de actividades terroristas, al narcotráfico en especial en los países de América latina, al tráfico de seres humanos etc., han abierto la puerta a un Jakobs, que encuentra en el contexto mundial un nicho para establecer que al enemigo se le debe tratar como tal, dando rienda suelta a la posibilidad de estigmatizar ex -ante de la conducta criminal, a aquellos individuos que representen un peligro inminente para la seguridad de los ciudadanos.

2.1.3 Luigi Ferrajoli y el Garantismo penal

En su obra Derecho y Razón, expone L. Ferrajoli¹⁸³ *“El garantismo penal es ante todo un modelo cognoscitivo de identificación de la desviación punible basado en una epistemología convencionalista y refutacionista (o falsacionista) hecha posible por los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad. Es además un modelo estructural de Derecho Penal caracterizado por algunos requisitos sustanciales y por algunas formas procedimentales en gran parte funcionales a tal epistemología: como la derivabilidad de la pena respecto al delito, la exterioridad de la acción criminal y la lesividad de sus efectos, la culpabilidad o responsabilidad personal, la imparcialidad del juez y su separación dela acusación, la carga acusatoria de la prueba y los derechos de la defensa...no garantiza la*

¹⁸³ FERRAJOLI, L.: *“Derecho Y razón. Teoría del Garantismo Penal”*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan C. Bayón Mohino, Juan Terradillos Bosaco y Rocío Cantarero Bandrés. Ed. Trotta cuarta edición. Madrid 2000 Pg. 169.

*justicia **sustancial**, que en sentido absoluto no es de éste mundo...sino sólo la justicia **formal**, esto es, una técnica de definición legal y un método de comprobación judicial de la desviación punible que, si no excluyen, al menos reducen al mínimo los momentos potestativos y los elementos de arbitrio en el derecho penal”.* (Negrilla fuera de texto)

El anterior punto de partida, sirve de puente para entrar a establecer en los términos de Ferrajoli, qué debe entenderse por Garantismo penal. Al afecto, dígase que en el capítulo XIII de su obra en cita, se establecen tres acepciones dentro de las cuales debe entenderse el término: la primera como un “modelo normativo de Derecho”¹⁸⁴ La estricta legalidad propia del Estado de derecho es desde el punto de vista *epistemológico* la esencia del plano cognoscitivo y de intervención mínima; desde lo *político* se entiende como la tutela efectiva contra la violencia Estatal y la salvaguarda de la libertad; y desde lo jurídico como un “Sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los Derechos de los ciudadanos”¹⁸⁵

La segunda acepción del garantismo esta cimentada sobre una teoría jurídica acerca de la validez y la efectividad del Derecho como categorías distintas de la existencia o vigencia de las normas, en éste sentido, ésta acepción hace referencia al “ser y al deber ser” del ordenamiento jurídico-penal, por lo cual en ella se plantea la

¹⁸⁴ *Ibíd*em Pg. 851

¹⁸⁵ *Ibíd*em Pg. 852

divergencia entre normatividad y realidad en consideración a que la norma no puede ser “letra muerta” frente a los intereses de los ciudadanos.

Y, finalmente en una tercera acepción el garantismo, designa una “filosofía política”¹⁸⁶ de la misma forma que en el pensamiento de la ilustración en el origen del moderno Estado de Derecho, ésta última propende por la separación entre Derecho y Moral, entre validez y justicia, y es allí donde se impone al Estado *“La carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”*¹⁸⁷

Sobre la base del garantismo, por estricta legalidad debe entenderse *“...una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter constitutivo antes que regulativo de lo que es punible: como las normas que en terribles ordenamientos pasados perseguían a las brujas, los herejes, los judíos, los subversivos o los enemigos del pueblo...”*¹⁸⁸

Así mismo, la apreciación sobre la estricta jurisdiccionalidad debe según Ferrajoli, tener dos condiciones: *“la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la*

¹⁸⁶ Ibídem Pg. 853

¹⁸⁷ Ibídem Pg. 853

¹⁸⁸ Ibídem Pg. 35

*verificación como la refutación. Para que la desviación punible no sea constituida sino regulada por el sistema penal*¹⁸⁹

Las anteriores precisiones sobre el pensamiento del profesor italiano son claves a la hora de entender el garantismo, pues el sentido de ésta construcción no es inventar hoy una teoría especial para ser aplicada hacia el futuro, sino que debe entenderse que Ferrajoli, afronta el problema epistémico del Derecho penal, tomando como base los fenómenos históricos, políticos, y jurídico penales, y los adecúa para generar la base fundamentadora de un derecho penal “garantista”. Su base epistémica, reside en lo material desde la norma penal (estricta legalidad) y en lo formal (estricta jurisdiccionalidad) desde una base normativa pero refutacionista.

En el discurso de Ferrajoli, debe distinguirse su postura frente a la actividad judicial, a diferencia de las tesis y teorías sobre el Derecho penal hasta ahora aquí planteadas, la conciencia de la existencia de la decisión judicial y de contera la discrecionalidad en cabeza del juez, como parte integral del derecho, marca la diferencia en el derrotero propuesto por el autor de Derecho y razón. A tal efecto, manifiesta que en la actividad judicial existen espacios de poder específicos y en parte insuprimibles los cuales deben ser objeto de análisis filosóficos a fin de permitir su reducción y control. *Distinguiré -manifiesta- “éstos espacios que en su conjunto forman el poder judicial... en cuatro tipos: el poder de denotación, de interpretación o verificación jurídica; el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica; el poder de*

¹⁸⁹ *Ibíd*em Pg. 37

*connotación o de comprensión equitativa y el poder de posición o de valoración ético política*¹⁹⁰

3. Las consecuencias de la discrecionalidad judicial en el derecho penal contemporáneo

Se han traído en párrafos precedentes tres teorías contemporáneas sobre el Derecho penal, que en el fondo buscan fundamentar desde una visión propia y sólida, los tres ejes sobre los cuales descansa la discusión que quiere propulsar éste trabajo, poniendo en su centro la incidencia de la discrecionalidad judicial, ya no en el plano general del Derecho como en el capítulo primero, sino su incidencia en el derecho penal. Esta incidencia de la discrecionalidad judicial, genera tres consecuencias, la primera de ellas recae sobre la *legitimación* del Derecho penal, la segunda en la duda sobre el *reconocimiento* del derecho penal como “sistema de normas”; y la tercera en torno a la antigua pero no menos importante discusión sobre la *ciencia* del Derecho y el Derecho penal en ella. Todo lo anterior, originado en el debate entre “el ser y el deber ser” del Derecho.

En éste mismo orden de ideas, a partir del problema entre el ser y el deber ser del Derecho penal, a continuación se hará referencia, en primer lugar a la legitimidad del derecho penal contemporáneo con las consecuencias de la discrecionalidad en ella, en segundo lugar, se aludirá al sistema de normas y finalmente en tercer lugar, a la discrecionalidad frente al concepto de ciencia del derecho penal.

¹⁹⁰ Ibídem Pg. 38

3.1 La legitimación en el derecho penal contemporáneo (*El “ser” y el “deber ser” del derecho penal.*)

3.1.1 Cuestiones preliminares.

Antes de entrar de lleno en el debate de la legitimidad, debe hacerse claridad sobre el problema del “ser y el deber ser” del Derecho penal, el cual ofrece una postura clara en los tratadistas contemporáneos. Este debate y todas sus críticas, en el derecho penal de hoy, parecen carecer de sentido, sobre la base de establecer en principios incluidos en la ley, todo el arsenal teórico, así, principios como la dignidad humana, la estricta legalidad, la taxatividad, la prohibición de analogía, la lesividad etc. demuestran que -en teoría- para el Derecho penal, los criterios del positivismo jurídico no son negociables, es decir, que aparentemente el derecho penal ha de ser entendido como ciencia y su aplicación, no puede obedecer sino a criterios lógico-formales, pues los espacios de a-cientificidad romperían su propia lógica constructiva-sistémica, debido a que su aplicación depende de la introducción de sus contenidos en la ley¹⁹¹.

El hecho de que en el Derecho penal actualmente se afirmen barreras para la producción de la ley con apego a principios sociales, humanos

¹⁹¹ En éste punto me refiero particularmente a la equiparación de principios como la dignidad humana y la legalidad en códigos como el Colombiano,....., en dónde se incluye un principio de naturaleza evidentemente moral con el criterio positivista, de tal forma que “al parecer” si en la ley no se contemplara la dignidad humana, se podría legitimar su irrespeto, o lo que es peor, todo aquello que implique consideraciones de un orden distinto al jurídico-penal, se deben normativizar en un apego desmedido con el positivismo.

y constitucionales, no significa que sus principales exponentes se hayan alejado del positivismo jurídico ello se explica con el hecho de que, en el derecho penal de la postguerra, los tratadistas aceptan al unísono la cientificidad del derecho penal, ubicándolo en el único espacio donde podría gravitar el “deber ser” del derecho, y por cierto como lo anota Kaufman¹⁹² el “puro” deber ser jurídico, que no es un valor ético sino solo una estructura lógica, esto es, en el “sistema de normas.” Cabría entonces preguntarse si el derecho penal de hoy es algo más allá de la ley.

De cara a ocuparse de ese ser y deber ser del Derecho es muy importante recordar lo planteado por Kelsen. Para él el objeto del Derecho: es el Derecho que “es”, no el que podría o debería ser¹⁹³. Por ello con base en el derrotero Kantiano, objeto y teoría (ciencia) deben estar relacionados; de tal forma, que así se sepa que el Derecho no puede existir aislado de la realidad es posible aislar un aspecto: la “significación o sentido jurídico” por eso, lo que quiere decir Kelsen con ello es que ese sentido del derecho, es proporcionado por la misma norma, y es ella la que le da sentido y significado al Derecho. La norma es “algo que debe ser o suceder”. Nadie puede negar, manifiesta Kelsen, que cuando se dice que algo debe ser, se entiende una cosa distinta que cuando se dice que algo es, o existe. El dualismo conceptual de ser y deber ser está, pues, claro para él, así como la imposibilidad lógica de derivar uno de otro. Para que el deber

¹⁹² KAUFMANN, A.: “*Filosofía del Derecho*”, Universidad Externado de Colombia, Traducción Villar Borda y Montoya, Bogotá 1999 Pg. 51, 52,

¹⁹³ KELSEN, H.: “*Teoría General del Derecho y del Estado*”, Ed. UNAM, México 1979. Pg. 47, 48, 49.

ser dé lugar a una norma es preciso que no sea meramente subjetivo, es decir, expresión de la voluntad o intención de un sujeto, sino que tiene que ser objetivo, es decir, reconocible por un “tercero desinteresado”¹⁹⁴.

Así mismo, debe diferenciarse -anota Kelsen- la *validez* de la norma, que hace referencia al deber ser y su *eficacia* que hace parte de los hechos y por tanto es una cuestión del ser.

Por su parte Hart comparte los dos pilares expuestos en el positivismo impulsado por Bentham y Austin esto es de un lado la separación tajante entre lo que el derecho “es” y lo que el derecho “debe ser” –y por tanto entre teoría jurídico analítica o descriptiva y teoría jurídica crítica o evaluativa- y por otro lado que el fundamento de la teoría jurídica de ninguna manera debe ser obtenido en términos morales o valorativamente neutros¹⁹⁵.

El hecho de que los tratadistas contemporáneos del derecho penal defiendan el positivismo, necesariamente les va a vincular con los criterios de ésta corriente, y sus expectativas decididamente están fundamentadas en el texto legal, como garantía de la no transgresión –del Derecho- o como garantía de evitación del exceso. Es más, debe decirse que de manera ineludible, el Derecho penal contemporáneo

¹⁹⁴ Ibídem Pg. 45, 46.

¹⁹⁵ HART, H.L.A.: Publicación impresa.: Publicación digital “*law in the perspective of philosophy*”, en: Revista: Essays in jurisprudence and philosophy. Oxford Scholarship Online. Disponible consuscripción:<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198253884.001.0001/acprof-9780198253884-chapter-6>. Fecha de consulta junio de 2013. Oxford 1983. Pg. 147

acoge sin sonrojarse, la teoría más “pura” del derecho y su fundamento, pese a la diversidad de posturas, parece no encontrar una salida distinta a la hermética concreción en la ley, inclusive de principios que terminan convirtiéndose en jurídicos por su simple postulación legal como por ejemplo la dignidad humana, el cual también es rebajado al orden constitucional, como si el hecho de su no consagración positiva permitiera su transgresión, considerando claro está -como lo conciben las corrientes de avanzada- éste principio como evidentemente supra legal.

Por eso, la desatención de las culturas punitivas a las críticas que ha recibido el positivismo en los últimos cincuenta años, genera consecuencias como La expansión del Derecho penal, la inobservancia de la mínima intervención, y, la desestimación del Derecho penal como última ratio, Es más, características como la fragmentariedad, la libertad, se quedan en el papel de un Derecho penal que debe responder como ciencia desde los postulados más rancios del positivismo teórico.

3.1.2 La legitimidad en concreto en el discurso del derecho penal contemporáneo

Como se expresó en el capítulo precedente, las bases del iluminismo y del pensamiento ilustrado de finales del siglo XVII y principios del s. XVIII dieron origen a la concepción de un Estado de Derecho, para el cual, el concepto de ley y su adhesión a ella era el centro de legitimación del mismo. En un Estado con división de poderes,

democrático y liberal, el Derecho Penal no escapa a ello, los ideales de Beccaría se nutren de los anteriores conceptos, dando “aparentemente” por hecho, que la legalidad, la proporcionalidad, la claridad del texto legal etc. Estarán salvaguardados en un Estado de leyes. Kelsen tonificará el debate como se anotó anteriormente.

Sin embargo, lo que pareció ser el despertar del criterio científico del Derecho, sustentado en el brillo de criterios positivistas, liberales, protectores y garantistas, se convirtió en el escudo del régimen del terror que azotó con increíble vehemencia al mundo durante la Segunda Guerra Mundial. Con una postura evidentemente solapada de la ley y del querer del pueblo, el conglomerado Nazi demostró que una causa “justa” podría ser el embrión de un régimen de terror. La sujeción al texto legal y su aprobación por la mayoría parlamentaria en la Alemania Nazi de los años treinta y cuarenta del siglo XX, demostró con leyes como la Aktión T4¹⁹⁶ que el querer legislativo podría legitimar la barbarie y sobretodo la antinomia legalidad/legitimidad.

El partido Nacionalsocialista demostró históricamente que es posible crear un Estado de Derecho con normas penales que atenten contra la vida, honra, bienes dignidad etc. de los seres humanos. Se pone entonces en duda si el discurso de la ley y todo su proceso creativo, es suficiente para salvaguardar las garantías pretendidas por Beccaria

¹⁹⁶ Aktión T 4 fue un programa de eutanasia del cual eran responsables médicos y enfermeras alemanes durante la II guerra mundial, con el propósito de asesinar vilmente a los enfermos “incurables”. El proceso vinculaba niños con enfermedades mentales y taras hereditarias. Sobre el particular pueden consultarse: Donna F. Ryan, John S. Schuchman, Deaf People in Hitler's Europe, Gallaudet University Press 2002, pg 62. O directamente la información contenida en los expedientes del Tribunal militar de Nuremberg.

años atrás, o si por el contrario el discurso legislativo puede llegar a consolidar posturas totalmente contrarias a lo que pretendió el humanismo con todos sus conceptos. Por ello la estantería del positivismo jurídico penal se tambaleó y la forma como se adelantaron los juicios de Nuremberg demostraron aún más la falta de solidez del “sistema” jurídico penal.¹⁹⁷

El discurso legitimador del Derecho penal entonces, va a tomar un nuevo rumbo dirigido ya no en la búsqueda implacable de la consolidación de la ley como centro de legitimación, sino que el derecho penal de la postguerra, tomará sentido a partir de postulados basados en criterios sociales, en la dignidad humana, la constitucionalización del derecho, los derechos humanos etc¹⁹⁸. Todo ello, siguiendo en apariencia las posturas iusneonaturalistas, por su tendencia a apartarse teóricamente del positivismo jurídico y a la ley como fuente de legitimación y sustento epistemológico del Derecho, procurando acabar con la creencia en un sistema normativo, positivista, científico y creado a partir del mismo derecho.

El método a utilizar, entonces, ha consistido en anteponer al sistema normativo en riesgo de ilegitimidad, un concepto anterior que permita

¹⁹⁷ Varias razones hacen presumir la ilegitimidad del proceso contra los militares alemanes en la postguerra. La primera de ellas y tal vez la de mayor peso es haber desarrollado un proceso penal internacional sin precedentes, manipulado y llevado a cabo principalmente por los países aliados durante la segunda guerra mundial. Así mismo el proceso de tipificación de los delitos por los cuales fueron condenados los criminales de guerra hacen ver y ponen de manifiesto ante la incertidumbre la creación de un Derecho penal coyuntural que entre otros es común frente a los espacios discrecionales en la justicia penal de hoy.

¹⁹⁸ Como se verá más adelante en, existen diferentes intentos en el Derecho de la postguerra por lograr la legitimación del derecho desde el punto teórico y práctico.

poner límites a la actividad legislativa, pero cuidándose de no permitir que esos conceptos decanten en un Derecho penal sustentado en criterios fuera de la norma, pues esa aceptación quebrantaría de inmediato el piso del positivismo. Sin duda, sustentar el derecho penal en criterios extrajurídicos pondría de inmediato en riesgo el “sistema de normas” dando razones de peso a los iusnaturalistas nacientes para objetar sus posturas. Además la otra amenaza ya latente representada por el realismo jurídico implicaría observar un excesivo cuidado a la hora de dejar en manos del juez o juzgador y su criterio, ésta base legitimante.

Aparentemente éste gran cambio entre la fe ciega en el precepto legal y el descubrimiento del peligro que representa su manipulación, marca todas las posturas del derecho penal de la postguerra; por ello el profesor alemán, Claus Roxin, emplea un discurso legitimante y certero a la hora de emitir una definición de bien jurídico como gran límite al texto legal. Como se anotó hace unas líneas, éste hito histórico en la obra del profesor alemán, es de tal importancia, que él mismo señala, que en tanto el bien jurídico esté determinado y sea lo que se pretende proteger mediante los mecanismos coercitivos del Derecho penal, se evitarán los excesos en el poder punitivo del Estado. Con ésta afirmación Roxin pone límites y crea una fuente legitimadora del Derecho pero definitivamente no abandona el pensamiento científico, el positivismo y el sistema normativo.

La concreción del bien jurídico en la ley y su correcta definición demuestran que el paradigma legislativo y la Dogmática, son para

Roxin el elemento fundante del Derecho penal, el defecto por tanto que permitió tal desproporción durante el régimen Nazi, se halla según él en *los límites de la fuente legitimadora del derecho penal*.

A su vez, la postura de Günther Jakobs frente a la legitimación es diferente a la de Roxin, en cuanto a lo que pretende cada uno, pues los estragos del régimen Nacional socialista también se ven reflejados en su obra, solo que sobre la base de construir, un Derecho penal del enemigo, en el cual se deben contener, todos aquellos regímenes y personas que pongan en riesgo la estabilidad normativa del Estado, incluyendo el retorno a un régimen como el observado durante la Segunda Guerra. Sin embargo por mucho que parezca paradójico, debe anotarse que la fuente legitimadora en ambos es la misma, en la medida en que Jakobs considera al mismo sistema y a su protección como fuente legitimadora del Derecho penal; solo que, mientras que Roxin, sustenta su discurso en la inclusión de todos los individuos dentro de las garantías normativas plasmadas en la constitución y en la ley, Jakobs sustenta su discurso en la exclusión del enemigo del sistema normativo (fuente legitimadora) y sus beneficios, sobre la base de su quebrantamiento.

Este hecho ha sido óbice para que los detractores de éste último hagan presa de críticas su postura¹⁹⁹, y es claro, si se considera al

¹⁹⁹ En la mayoría de casos la crítica que sobre la postura de Jakobs recae, esta cimentada en el discurso del respeto por la dignidad humana, por los derechos humanos, por la afectación del Estado democrático etc. Sin embargo todo ello decanta realmente en el discurso legitimador de su teoría, sin ánimo de polemizar sobre el particular, considero la mayoría de críticas a Jakobs, desenfocadas de su verdadero eje que no es otro que el discurso legitimante.

Derecho penal como “sistema de normas” sobre la base legitimante de la ley, que algunos resulten excluidos de ella ex –ante o inclusive dentro de su vigencia; es lo que -sin entrar a tomar partido- resulta extraño en especial en el derecho penal de la postguerra para algunos tratadistas.

La fuente legitimadora del derecho por excelencia en la visión positivista no podía ser otra y pese a que L. Ferrajoli agrega que el “sistema de normas” ha de comprender todas aquellas garantías que se han impulsado a lo largo de la historia, su fuente legitimadora es el sistema limitado por los derechos y garantías constitucionales. Sobre la base del acercamiento entre la realidad fáctica y ese sistema de garantías considerado en la norma, el profesor italiano, edifica todo el constructo normativo. Sin embargo ha de anotarse que a diferencia de los autores alemanes, como se anotó antes, las construcciones de Ferrajoli siempre tienen en cuenta dos cosas: la decisión judicial, inclusive su discrecionalidad y la comprensión del sistema de normas desde un discurso práctico pero racional.

De manera similar que en la escuela clásica, Carrara -recuerdese- nominaba su construcción en términos de exactitud matemática, y sus criterios de imputación pretendían la perfección relacional entre el mundo fáctico y lo contenido en la norma, porque bien sabía que el defecto en la construcción sistemática en el derecho penal era la discrecionalidad, al igual que se puede denotar en la obra de Ferrajoli y que en apartado anterior se evidenciaba de la obra de Beccaria. El mundo legitimante del derecho penal italiano, sin duda ha tomado en

cuenta dentro del sistema la decisión judicial y la discrecionalidad en ella.

3.1.3 La orgánica del Derecho penal

En éste punto de la discusión entre corrientes contemporáneas del derecho penal acerca de la legitimidad, vale la pena hacer el siguiente símil. Cuando Alicia²⁰⁰ siguió al conejo, encontró un país de maravillas y pudo notar que al traspasar el agujero, todo era distinto a lo que ella estaba acostumbrada a ver; así, encontró naipes que hablaban, una gran torta, un gato que se desvanecía al hablar etc. No obstante pudo con el tiempo constatar, que todo cuanto ella llevaba a su imaginación le era dado. ¿Dos mundos? ¿Dos realidades? O la adaptación de un mundo ideal a su propio mundo. Pese a lo aparentemente incongruente de sus pensamientos, todo cuanto vio Alicia era lo deseado por ella, en especial su pretensión de un mundo hipotético. Mientras que su ser real estaba al lado de su madre en una casa común y corriente, con sus compañeros de escuela, en su barrio; en el mundo maravilloso, todo era como Alicia pretendía que fuera.

El debate sobre el sistema de normas y las condiciones entre el ser y el deber ser del derecho penal, han oscilado en términos más o menos iguales a los de Alicia. Los esfuerzos epistémicos del Derecho Penal se encuentran en un mundo ideal hipotético, ello por la adhesión a la

²⁰⁰ CARROLL. L.: “*Aventuras de Alicia en el País de las Maravillas*”. Edición de Pilar Torralba Álvarez. Ed. Akal, Madrid, 2005

idea de que el Derecho es ciencia y que el mundo de la norma es su único principio y fin.

La gran ruptura entre la idea del ser y el deber ser del derecho penal entendido como ciencia, la ley como pilar fundamental de la construcción jurídico penal, la norma como fundamento epistémico y la búsqueda insaciable de la legitimación de la construcción normativa, es producto de lo que aquí he denominado discrecionalidad judicial en materia penal, éste modelo de discrecionalidad, es como el agujero en el que se mete Alicia, que hace las veces de cedazo, convirtiendo el mundo real en un imaginario hipotético al cual “en últimas debe adaptarse” con condiciones que no permiten la correspondiente identidad entre el uno y el otro.

De ésta manera, la discrecionalidad judicial dentro del criterio comprendido en el capítulo primero, -ha de recordarse, no como arbitrariedad-, impone una característica al Derecho que debe considerarse, y es que éste no debe ser entendido bajo su existencia como un “sistema de normas” como hasta ahora ha sido entendido, partiendo del ideal Luhmanniano, sino que la discrecionalidad edifica sobre la norma un “organismo” si se quiere autopoietico, el cual en su base y criterios se comporta de forma muy diferente a lo que ha sido pretendido por los tratadistas en especial los positivistas a lo largo y ancho de la historia.

Como un organismo, se comportan los seres vivos de manera independiente; así mismo el derecho, por los ineludibles juicios de

valor y además, ante la posibilidad de que cada juez falle de manera diferente un mismo hecho, en vigencia de la misma norma, la misma constitución, y los mismos criterios dogmáticos. Ello representa la cuestión que es y será una propiedad en la realidad del Derecho y no de un mundo maravilloso.

Por ello, siempre se debió hablar de la “orgánica” del derecho y no de la “sistémica” del derecho porque se está falseando la realidad.

El imaginario del derecho penal como conjunto en un “sistema de normas” principios y preceptos que ha de ser legitimado, supone que el mismo debería comportarse como un canal de fluido de líquidos, cuando se abre la llave sale el agua y cuando se cierra deja de salir, así se supone que “debería ser”; no obstante en la realidad de lo cotidiano, es posible que con la llave abierta se contenga el líquido y con ella cerrada éste no pare de salir, así “es”. La tesis de la discrecionalidad que sostengo, es que ella es una propiedad del Derecho penal. El derecho penal es discrecional porque en la realidad que se le presenta, algunos casos no pueden resolverse desde lo contenido en la norma, esto conlleva a un comportamiento autónomo de los jueces penales.

3.1.3.1 La realidad del derecho penal: “Un organismo”

El organismo al que se hace referencia y que siempre ha imperado en el derecho penal tiene su fuente en la consideración de que cada juez o tribunal, en un número de casos limitado por su complejidad, tiene la

potestad, de elegir entre múltiples posibilidades para la toma de la decisión, de tal forma, que este organismo, funciona de manera independiente y con “inteligencia” propia. Pese a los esfuerzos de la jurisprudencia en concretar sentencias de unificación, un modelo de interpretación, la orientación de cada juez, de cada corte o tribunal puede convertirse en independiente.

El positivismo teórico Hartiano o Kelseniano, del Derecho penal con anclaje y sujeción a la ley, ha fracasado y seguirá haciéndolo hasta tanto no se considere en sus consignas dogmáticas, no solo la posibilidad de un juez discrecional como hasta ahora, sino la aplicación de un derecho penal con sujeción a la realidad a la que se aplica. Si bien es cierto hace doscientos años, Beccaria temía al juez interprete y hoy día por fuerza ello se ha aceptado tibiamente, se debe entonces partir de la base de que la reserva o legalidad de la ley, no es una garantía; hasta ahora así se ha considerado, sin embargo es una garantía que cojea al paso de la discrecionalidad judicial. Con lo anterior se puede afirmar que *“el derecho penal es discrecional, salvo lo consagrado en la constitución y en la ley”*. No porque así esté reglamentado sino porque la realidad de los hechos lo demuestra.

3.1.4 Legalidad Vs legitimidad en el derecho penal

La gran consecuencia que genera el criterio de la discrecionalidad judicial en el Derecho penal recae sobre su legitimidad. Allí, sin duda se asienta la gran preocupación de los teóricos, por consolidar un criterio de ciencia que, de contera, legitime las acciones punitivas del

Estado. En líneas anteriores, se manifestaba que al parecer del criterio de ciencia en el Derecho penal se derivaba el concepto de legitimación, y ello es así debido a las modificaciones conceptuales operadas en los criterios científicos explicados anteriormente. En especial con la ruptura conceptual producida con los hechos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial, como se anotó antes, la imposición de la pena como reacción del Estado ante la conducta criminal, cambió de paradigma y ahora está claro que la célebre conclusión, es que *no todo lo legal resulta legítimo*.

La falta de concreción en los criterios epistemológicos del Derecho penal afecta, sin duda, su legitimidad como ya lo había previsto en su pretendido sistema el positivismo teórico del Derecho general. Sin duda, toda la argumentación positivista inicial, descansa sobre la base de establecer un derecho científico que dé respuesta herméticamente a un criterio, ésta hermeticidad aparentemente permeabiliza el sistema contra afirmaciones que deslegitimen el Derecho, de tal forma que un postulado científico absoluto del derecho en los términos de las ciencias demostrativas, debería ser legítimo, tomando como base la producción legislativa que, de contera, resulta legitimada sobre la base de criterios democráticos.

Inicialmente, la legitimación del Derecho penal depende de la legitimación en la imposición de la pena, si el Estado o gobernante puede dar respuesta a ¿Qué función cumplen las penas? ésta reacción será legítima. Lo anterior para significar que, en principio, en el Estado absolutista, la pena también era legítima, obviamente para

aquellos que consideraran el régimen absoluto como un fin. La respuesta sobre la función que deben cumplir las penas, ha tenido diferentes aristas, comenzando con las teorías que propenden por la retribución, hasta llegar a aquellas que sientan las bases de la función de la pena en criterios preventivo-generales o preventivo-especiales²⁰¹. Por eso, Nieves Sanz Mulas, manifiesta que *“La discusión doctrinal y el desempeño de la ciencia penal parece haber girado únicamente, y de forma tradicional, sobre la teoría del delito, en menoscabo del interés por el problema de la pena”*²⁰² aseveración cierta, pues indica que la construcción de la ciencia del Derecho penal ha tenido desde sus inicios la preocupación en fundamentar, primero un criterio científico y posteriormente un sistema legitimante. Es decir, a lo largo de la historia se ha pretendido justificar el Derecho penal como ciencia para poder explicar su legitimidad, no a partir de las consecuencias sino desde su estructura primaria, pese a que la gran consecuencia y utilidad que pretende dársele no es otra que la de imponer penas.

Y lo anterior es apenas obvio, puesto que con la construcción de un derecho penal deficiente en su estructura epistémica, es del todo ilegítima su aplicación.

²⁰¹ Un exhaustivo análisis al respecto puede ser estudiado en SANZ MULAS, N.: *“Alternativas a la pena privativa de la libertad –análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana.”* Ed. COLEX. Madrid 2000.

²⁰² SANZ MULAS, N.: *“Alternativas a la pena privativa de la libertad...”* Ob. Cit. Madrid 2000. Pg. 35

Gran cantidad de posturas acerca de la legitimación del derecho penal se han esgrimido a lo largo de la historia²⁰³, en la actualidad dos concepciones son predominantes: de un lado, aparecen quienes defienden la postura de la constitucionalización²⁰⁴ del Derecho penal, y, de otro una postura normativa basada en la socialización del Derecho penal y sustentada principalmente en criterios Luhmannianos a fin de dar cuenta de dicha legitimación.

La primera postura con variantes, ofrece la posibilidad de que los límites al poder del Estado están dados por la Constitución Política, de tal suerte que la sujeción del Derecho penal a los criterios constitucionales permite la afirmación válida de que ellos son legítimos.

En cuanto a la segunda postura dice Manuel Grosso, las propuestas sociales “...entienden que el problema de la legitimación del Derecho penal se encuentra en la estructura misma de la sociedad y que es de la sociedad de donde deben emanar los criterios materiales para la imputación penal cuyos supuestos normativos se deben integrar en un sistema de la teoría del delito...”²⁰⁵ incluso, más adelante señala que “al margen de éstas discusiones, lo cierto es que, en el modelo de sociedad que se encuentra hoy configurado y dentro del sistema constitucional en el que se desenvuelve nuestro ordenamiento jurídico,

²⁰³ Una recopilación minuciosa al respecto se puede encontrar en GROSSO, M. S.: *“El concepto del delito en el nuevo Código Penal”*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá 2003.

²⁰⁴ GROSSO, M. S.: *“El concepto del delito en el nuevo Código Penal...”*, Ob. Cit. Bogotá 2003. Pg. 296.

²⁰⁵ *Ibidem* Pg. 296 y ss. Cfr. Nota 39.

el Derecho penal se encuentra necesitado de una legitimación externa de carácter material y axiológico, para poder ser aceptado como válido y en consecuencia aplicable a los miembros de la sociedad dentro de la cual pretende operar los presupuestos de validez y legitimidad de ese sistema varían según las posiciones doctrinales que se adopten y en especial las funciones y finalidades que se le asignen al derecho penal...²⁰⁶.

La postura aquí defendida al respecto dista desde sus raíces con ambos criterios por tres razones: en primer lugar porque a tal respuesta sobre la legitimación ha de hacerse la pregunta correcta, que de ninguna manera obedece a determinar ¿cuándo un sistema punitivo es legítimo? sino ¿qué es un sistema punitivo legítimo?; en segundo lugar, porque la respuesta a ésta pregunta debe tener en cuenta la discrecionalidad judicial y el proceso de construcción de la ley; y en tercer lugar, pues es necesario sentar las bases del Derecho penal sobre un criterio conocido de lo que debe entenderse por aquello que es legítimo.

3.1.5 La imposibilidad de legitimar el Derecho penal en el positivismo, como consecuencia de la discrecionalidad judicial (La superposición de normas en el derecho penal)

Según lo anterior, no se puede predicar la legitimidad del sistema de normas cuando él no existe sino en apariencia, lo que se legitima es el deber ser, pero cuando se mira la realidad de los hechos, el sistema

²⁰⁶ Ibídem Pg. 300.

se desvanece y, en su lugar aparece un organismo independiente llamado juez en cada arista del Derecho penal.

Por eso, al igual que en el ejemplo de la física cuántica de Schrödinger²⁰⁷ la norma penal por causa de la discrecionalidad judicial se presenta en “superposición”, de manera simultánea como algo que es garantía de punición ante la comisión de la conducta punible, y algo

²⁰⁷ SCHRÖDINGER, Erwin (Noviembre 1935). *"Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik"* (La situación actual en la mecánica cuántica). En el sentido de la jurisprudencia y la ley como objetos, se utiliza éste ejemplo para establecer que una solución a la ciencia del Derecho penal es paradójica cuando se pretende el estudio de la jurisprudencia y de la ley dentro del mismo criterio científico. La solución de la ley es única, la de la jurisprudencia puede ser variada, incluso diferente a la que está en la ley -en los casos de discrecionalidad-, y la ciencia del Derecho penal pretende al mismo tiempo la solución de la ley y de la jurisprudencia.

El ejemplo del gato es el siguiente. “Imaginemos un gato dentro de una caja completamente opaca. En su interior se instala un mecanismo que une un detector de electrones a un martillo. Y, justo debajo del martillo, un frasco de cristal con una dosis de veneno letal para el gato. Si el detector capta un electrón activará el mecanismo, haciendo que el martillo caiga y rompa el frasco. Se dispara un electrón. Por lógica, pueden suceder dos cosas. Puede que el detector capte el electrón y active el mecanismo. En ese caso, el martillo cae, rompe el frasco y el veneno se expande por el interior de la caja. El gato lo inhala y muere. Al abrir la caja, encontraremos al gato muerto. O puede que el electrón tome otro camino y el detector no lo capte, con lo que el mecanismo nunca se activará, el frasco no se romperá, y el gato seguirá vivo. En este caso, al abrir la caja el gato aparecerá sano y salvo. Hasta aquí todo es lógico. Al finalizar el experimento veremos al gato vivo o muerto. Y hay un 50% de probabilidades de que suceda una cosa o la otra. Pero la cuántica desafía nuestro sentido común. El electrón es al mismo tiempo onda y partícula. Para entenderlo, sale disparado como una bala, pero también, y al mismo tiempo, como una ola o como las ondas que se forman en un charco cuando tiramos una piedra. Es decir, toma distintos caminos a la vez. Y además no se excluyen sino que se superponen, como se superpondrían las ondas de agua en el charco. De modo que toma el camino del detector y, al mismo tiempo, el contrario. El electrón será detectado y el gato morirá. Y, al mismo tiempo, no será detectado y el gato seguirá vivo. A escala atómica, ambas probabilidades se cumplen. En el mundo cuántico, el gato acaba vivo y muerto a la vez, y ambos estados son igual de reales. Pero, al abrir la caja, nosotros sólo lo vemos vivo o muerto. Tomado de <http://www.astromia.com/astrologia/paradojagato.htm>, fecha de consulta agosto 4 de 2013.

que es al tiempo garantía de no-punición²⁰⁸, es decir, en el sentido del Derecho penal garantizador de la libertad de los individuos de una sociedad, en caso de falta de concordancia entre la conducta y los elementos típicos. Y al mismo tiempo, como laguna en la norma subsanable por la actividad discrecional del juez.

Ahora bien, a partir de una descripción tan simple como “*El que matare a otro...*” prevista en el artículo 103 del Código Penal colombiano, se han sustentado en el mundo real miles de absoluciones y de condenas, luego ese tipo legal, presenta en su lectura un solo significado pero en la realidad múltiples posibilidades. Que no solo, no están contempladas en la norma, sino que, a futuro, según la discrecionalidad del juez pueden tomar cualquier dirección.

Sobre éste panorama se debe predicar la anhelada legitimidad del concepto “Derecho penal”, y no es que el Derecho penal sea o no legítimo, lo que pasa es que el concepto de lo legítimo es para el derecho un término que frente a la discrecionalidad es ambiguo y ambivalente. Además, se debe establecer qué se legitima, por ello la definición del objeto de ciencia y el objeto de legitimación encuentran sobre la misma base en el Derecho penal un problema que se puede definir como “episteme-legitimidad” dado que la respuesta está sentada sobre la misma base y carece como vamos a verlo de inmediato, de los mismos errores conceptuales. A priori podemos argüir que no es legítimable lo que existirá sin saber que es.

²⁰⁸ A diferencia de la norma civil, por ejemplo en el mundo de los contratos es permitido, el anexo a la ley sobre la base de que “el contrato es ley para las partes” y desde su postulación ofrece una gran variante de posibilidades en su aplicación y construcción.

3.1.6 Ética y legitimidad del derecho penal

Si se pregunta si es legítimo hablar castellano en Colombia, la respuesta es afirmativa, y lo es sin que medie un proceso democrático o legislativo, también es legítimo escuchar la clase del profesor y no de parte de un alumno, es legítimo que sea el piloto quien opere el avión y no uno de los pasajeros. Así mismo, sería ilegítimo que un feligrés desmotara del pulpito al sacerdote y diera él la predica; pese a que en las leyes de Moisés nada se dice sobre el sacerdote en el pulpito.

En los anteriores ejemplos, per-se, hay univocidad de criterio y consenso, sencillamente porque el concepto de legitimación es un postulado supra-legal es un concepto “ético” no político ni jurídico. De allí que, pese a las desavenencias y profundas heridas sociales y humanas que produjeron los efectos de la segunda guerra mundial, el mundo Nazi de los años treinta del siglo pasado, considerara legítimo el proceder social en contra de una raza específica de seres humanos y, así mismo, legítima una constitución como la del Estado de Weimar.

En el caso particular del Derecho penal, si éste fuera en realidad un “sistema de normas” cuya aplicación fuese de verdad uniforme en aquellos lugares en donde rige el mismo constructo legal y las decisiones de los jueces fueran idénticas para casos idénticos; y, así mismo la ley no careciera de vacíos y lagunas que le permitiesen a los jueces ser discrecionales, es decir, en el mundo de las maravillas, nadie pondría en duda la legitimidad del sistema del Derecho penal.

Sin embargo, como ello no es así, la discusión acerca de sustentar la legitimidad del Derecho penal en criterios jurídicos sobre la base del positivismo, es tan ambigua como preguntarse por “el color verdadero del número diez”, la sola pregunta es absurda.

En un objeto incompleto de derecho como lo es el derecho penal, la solicitud de legitimación en el positivismo, se hace sobre lo que “es” y sobre lo que “no es” a un mismo tiempo; en otras palabras, como el Derecho penal es incompleto y el juez debe completarlo a través de su discrecionalidad mediante argucias extrajurídicas, se pretende legitimar en parte algo “que no existe” y es lo que a futuro utilizan los jueces para llenar las lagunas conceptuales del Derecho. Por tanto, el consenso que exige todo proceso ético, debería recaer sobre algo que los consensuados aún no conocen y que ni siquiera se vislumbra en la norma.

Lo anterior, sin más, significa que hasta tanto no se dé respuesta a la discrecionalidad judicial en el ámbito del Derecho penal, la discusión sobre su legitimidad inclusive carece de sentido, esto quiere decir entonces, que el Derecho penal solamente en un sistema “ideal” - hasta ahora- es legítimo.

Al respecto de éste problema se han esgrimido diferentes tesis, sin embargo las más próximas a establecer una solución están relacionadas con las obras sobre deontica jurídica lideradas por Alchourron y Bulygin, y en la nueva axiomática por L. Ferrajoli.

El fenómeno de la “superposición”²⁰⁹, en el Derecho por los vacíos de la discrecionalidad judicial y de la norma, al que se hace referencia, exigen del juicio ético que se legitimaran dos objetos: uno conocido que es *la norma* y otro desconocido cuales son *sus vacíos y lagunas*. Debe, entonces, entenderse que la ley positivamente descrita en un tipo penal hace referencia a una sola conducta²¹⁰ y resultaría legítima per se, es decir, desde el sistema lingüístico deóntico y axiomático la legitimación no ofrece mayor inconveniente, sin embargo cuando se entra al mundo de la decisión judicial frente al mundo real en donde se toman decisiones, el Derecho ya no funciona así, el juez ante situaciones particulares crea derecho que exclusivamente se “legitima” desde su razón.

Las tesis de la constitucionalización y de la normativización quedan cortas a la hora de legitimar un Derecho penal bajo las pautas indicadas, pues éste fenómeno de consenso ético llamado legitimación debe recaer sobre cosas u objetos reales y conocidos por los consensuados puesto que sobre lo desconocido, simplemente no puede haber consenso.

Por ello, el problema de la cientificidad y de la legitimidad del Derecho penal recae sobre el mismo asunto, esto es, la separación conceptual entre el objeto “ley” y el objeto “Jurisprudencia” y cómo la discrecionalidad judicial incide poderosamente en ambos. Con lo anterior, queda establecido que: una es la legitimidad del objeto de la

²⁰⁹ Término utilizado en la física del átomo.

²¹⁰ Sin entrar en el debate en torno a la multiplicidad de verbos rectores que pueden acompañar el modelo descriptivo del tipo.

ciencia denominado ley y, otra es la del objeto de ciencia denominado jurisprudencia, y que hasta tanto no se dé respuesta a la incidencia de la discrecionalidad en ambos, no es posible entrar a establecer ni su cientificidad ni su legitimidad.

3.2 El sistema de normas en el derecho penal

Tanto Roxin como Jakobs y así mismo Ferrajoli, parten del supuesto de que el Derecho Penal es un “sistema normativo” que según explica cada uno, debe ajustarse a una serie de requisitos preconcebidos para su existencia y su validez. Así, mientras para Jakobs la norma penal protege el sistema normativo; ese sistema en Roxin se ve reflejado en la consagración del bien jurídico en la norma para su protección -no tendría sentido pregonar la protección del bien jurídico sin su consagración normativa- ella hace parte de un sistema: el normativo; a su vez, en Ferrajoli el derecho penal debe obedecer sin duda a un sistema, la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad explicadas anteriormente dan cuenta de ello.

Este “sistema de normas” en las tres posturas anteriores sobre el derecho penal, presenta como eje central el texto legal.

3.2.1 ¿Por qué un sistema de normas?

El producto del pensamiento de la ilustración de los siglos XVII Y XVIII, el “corpus” del derecho, asumió como dogmas inmodificables algunos criterios dentro de los que se encuentran: la democracia, el Estado de

Derecho, la división de poderes, la libertad, los derechos fundamentales etc. y como punta de lanza estableció el acto de legislar como primer gran criterio de garantía y límites al poder punitivo en contra de la arbitrariedad; sin duda Montesquieu, Rousseau, Voltaire, y Beccaria en sus obras no pretendían un conglomerado dogmático, sino un “sistema” que abarcara la política del Estado con sujeción y profunda lealtad al texto legal; en la medida en que ello fuera posible, se lograría mantener la validez del Derecho, sustentado en el sistema normativo y la eficacia en su aplicación. Por lo anterior, el Derecho penal, desde ese gran eje central que es la ley, debe guardar correspondencia con otros criterios políticos y limitativos del poder del Estado, al que de antaño se le quiso considerar como un sistema.

El positivismo jurídico ya presentado en el primer capítulo de ésta investigación, fundamentado especialmente por H. Hart y H. Kelsen, da cuenta de la importancia del sistema de normas en la consideración del Derecho como ciencia, basando su epistemología ciegamente en éste criterio; siendo allí mismo en donde se anida la problemática entre “el ser y el deber ser” a la que se ha hecho referencia con antelación.

El afán del constructo “sistema de normas” en las posturas del Derecho penal, obedece, por tanto, a la consecución uniforme de una sumatoria de criterios, que permitan un Derecho penal adherido a la ley, pero sustentado en instituciones que permitan su validez y su eficacia. Es fácil observar que Roxin y Ferrajoli sacrifican eficacia por

validez, mientras que Jakobs inmola validez por eficacia. Esta afirmación se sustenta sobre la base de un Estado, con sujeción a la ley, que supone el respeto a la integridad de los derechos fundamentales.

3.2.2 El sistema “ideal” de normas en el derecho penal

Cuando en líneas anteriores se dice que el derecho penal que parte del sistema de normas y del positivismo-teórico falsea la realidad, se quiere indicar que la imposición de la pena depende tan solo de una aproximación a la realidad de la norma.

Lo que ha sido considerado por la doctrina como el sistema de normas penales, pertenece a un mundo ideal, que pretende resolver problemas del mundo real –es como el ideal de calzar un guante en una mano más grande a la de su medida- y su adaptación por fuerza depende del juez y su discrecionalidad en algunos casos, que tanto Kelsen como Hart y Dworkin, han denominado zonas de penumbra, en dónde suelen suceder los denominados casos difíciles.

Por ende, el solo hecho de pretender la existencia de un sistema de normas penales, que son parcialmente creadas por el juez en casos particulares, y aplicadas en su totalidad por éste, modifica los límites de un sistema; o en su defecto al saber de Dworkin, la inexistencia de casos difíciles y la respuesta única a los casos del Derecho penal, en ambos casos aproxima dicha práctica más bien a un organismo, que en sus diferentes aristas se comporta de manera independiente y con

la autonomía que le proporciona la obligación de resolver los casos fáciles pero también los difíciles. Este fenómeno se presenta como se ha dicho por la discrecionalidad judicial.

3.3 La ciencia del derecho penal.

En el presente acápite demostraré, que el Derecho penal no debe ser entendido como una ciencia a consecuencia de la discrecionalidad judicial; así mismo, plantearé la posibilidad de concebir la ley y la jurisprudencia penal, como “objetos” distintos de conocimiento, que pueden ser abordados para su estudio científico desde otras áreas.

En éste tema particular, vale la pena recordar la figura del profesor italiano Arturo Rocco, quien desde su pensamiento²¹¹ sobre el método y el objeto del Derecho penal, daba cuenta de la preocupación que le asistía al encontrar en especial dos problemáticas que resultaban, entre las diferencias de los partidarios de la Escuela clásica y los partidarios del positivismo criminológico a raíz de la orientación que debería darse al Código Penal italiano, de un lado la actividad creciente de las ciencias causal explicativas y de otro las radicales diferencias en la justificación de la ciencia del Derecho penal de entonces entre las dos escuelas.

Con ocasión del mismo dilema sobre las ciencias causal explicativas, F. Von Liszt en Alemania, centraba sus esfuerzos en establecer un

²¹¹ Cfr. ROCCO, A.: *“El problema y el método de la ciencia del derecho penal”*, traducción de Rodrigo Naranjo. Ed. Temis. Bogotá 1986.

modelo de ciencia “Integral” basándose en la reconstrucción de un modelo sistemático del derecho penal, colocando en su centro la norma positiva²¹². Para el derecho italiano, esto daría lugar a una nueva tendencia que se conoce como “Técnico-jurídica” que basaba su compromiso científico en el ius-positivismo.

Desde su pensamiento Rocco, sostuvo -adhiriendo al positivismo de entonces-, que la ciencia del Derecho penal, debería renunciar al debate de todo fundamento extrajurídico, político, social, moral etc. Así las cosas, el jurista debe estudiar el delito y la pena, desde su concepción eminentemente jurídica, siendo la segunda consecuencia del primero, dejando a la antropología criminal la tarea de estudiar el delito y la pena como hecho individual bajo el aspecto natural, orgánico y psíquico; y a la sociología criminal el aspecto social como hecho socialmente relevante, por ello, se reconoce en Rocco, que a la ciencia del derecho penal le corresponde el estudio no solo empírico sino científico del sistema de Derecho penal²¹³. Vale la pena recalcar que la concepción de F. Von Liszt, sobre el concepto de ciencia en el Derecho penal es de idéntico tenor, aislando desde su postura la norma como objeto central del debate de la ciencia del Derecho, y dando por cierto, sustento a un “positivismo-normativo” en el Derecho penal.

Por supuesto, era de esperarse que el método de Rocco fracasara más adelante, al enfrentar afirmaciones posteriores que evidenciaron

²¹² VON LISZT, F.: *“La idea de fin en el derecho penal”*. Ed. Edeva. Valparaiso 1984.

²¹³ ROCCO, A.: *“El problema y el método de la ciencia del derecho penal...”*, Bogotá 1986. Pg. 516 a 521.

sus falencias, entre ellas, que la relación entre delito y pena no es una relación causal, sino una relación de imputación como lo anotaría Hans Kelsen.

Según Bacigalupo²¹⁴ “La cuestión de la determinación del objeto de la ciencia del Derecho penal, adquiere otras dimensiones totalmente diversas cuando se abandona el marco teórico del positivismo. Ello tiene lugar cuando la cuestión se plantea dentro de las ciencias del espíritu. En ellas el criterio de cientificidad ya no se reduce a la posibilidad de explicaciones causales de fenómenos sensibles. El ideal científico de las ciencias del espíritu es comprender el fenómeno mismo en su concreción única e histórica”

Lo anterior efectivamente es así, como se anotó antes, con la entrada en escena del neokantismo, las ciencias del espíritu y los juicios de valor los cuales se apoderaron del conocimiento jurídico-penal.

Sobre la definición de un Derecho penal entendido como ciencia se han suscitado un sinnúmero de debates, valga la pena traer entonces, lo que parte de la doctrina ha entendido por la ciencia del Derecho penal.

De acuerdo con Luzón Peña²¹⁵, “tradicionalmente se denominaba ciencia del Derecho penal al estudio técnico del Derecho penal

²¹⁴ BACIGALUPO, E.: *“Principios de Derecho penal, parte general”* Ed. Akal/iure, Madrid 1998 Pg. 32

²¹⁵ LUZON PEÑA, D.: *“Lecciones de Derecho penal-parte general”* Ed. Tirran Lo Branch, Valencia 2012. Pg. 33

positivo para su conocimiento y aplicabilidad, es decir, la dogmática jurídico –penal. Pero la disciplina científica que estudia el Derecho penal, tiene una doble vertiente: la dogmática penal o estudio técnico-jurídico del Derecho penal vigente, y la política criminal que valora desde el punto de vista político los objetivos y los medios de la prevención del delito...” por su parte el tratadista colombiano Juan Fernandez Carrasquilla²¹⁶, manifiesta que: “En cualquier caso, puede hablarse de una ciencia jurídico- penal en sentido restringido, que se limitaría al análisis técnico y a la organización sistemática de las normas del Derecho penal positivo (...) De éste modo, el estudio dogmático o técnico jurídico de las normas del Derecho penal va de la mano con su valoración político criminal y con la investigación criminológica, extendiendo el objeto de estudio al comportamiento de todos los agentes oficiales y privados que intervienen en el sistema punitivo...”

Ahora bien, si se pregunta por el estado actual de la ciencia del Derecho penal, sobre éste particular manifiesta Mir²¹⁷, que: *“tres dimensiones han de tenerse en cuenta frente a la denominación del concepto de ciencia del Derecho penal a) la consideración de la ciencia del Derecho penal como ciencia social, en cuanto afecta la naturaleza (social) de los conceptos dogmáticos, ha de ofrecer la base de una elaboración realista. b) Al nivel de control de corrección de la aplicación de la ley -objetivo último del método jurídico- penal- pertenecen: las modernas aportaciones de la hermenéutica y el*

²¹⁶ FERNANDEZ CARRASQUILLA, J. “*Derecho Penal Fundamental 1*” Ed. Gustavo Ibañes, Bogotá 2005 Pg. 23 y 24.

²¹⁷ MIR PUIG, S.: “*Introducción a las bases del Derecho penal*” Ob. Cit. Montevideo, 2002. Pg. 280

pensamiento problema, como punto de partida para la formulación de un sistema abierto. c) La unión de política criminal y dogmática puede, por último, tener ahora el sentido de ofrecer la base científico-empírica a la contemplación de la realidad que postulan las anteriores perspectivas mencionadas”.

Por su parte Bacigalupo²¹⁸, sostiene algo de suma importancia en éste trabajo *“La dogmática procura una aplicación altamente objetiva del derecho vigente. Sin embargo, no puede lograr una objetividad total: la exclusión absoluta de puntos de vista del interprete no es posible.”*

Según lo anterior, puede observarse que la dogmática, ha constituido en diferentes lugares y tiempos, la clave fundamental sobre la cual se edifica el concepto de la ciencia del Derecho penal, por tanto es imperativa una aproximación a su definición.

Según explica Zaffaroni²¹⁹ refiriéndose al método y a la dogmática jurídica, *“En definitiva, se trata de la necesidad de construir un sistema, es decir, de formar un conjunto ordenado enlazando sus elementos”* más adelante el autor argentino refiriéndose a su definición, sostiene que *“... la llamada dogmática jurídica, consistente en la descomposición del texto en elementos simples (dogmas), con los que luego se procede a construir una teoría interpretativa, que debe responder a tres reglas básicas a) Completividad lógica, o sea, no ser interiormente contradictoria (...) b) Compatibilidad legal, o sea*

²¹⁸ BACIGALUPO, E.: *“Principios de Derecho penal, parte general”* Ob. Cit. Madrid 1998 Pg. 27.

²¹⁹ ZAFFARONI. E.: *“Derecho penal parte general”* Ed. Ediar. Buenos Aires, 2000. Pg. 74 y 75.

que no puede postular decisiones contrarias a la ley. c) Armonía jurídica, también llamada estética jurídica según la cual debe ser simétrica, no artificiosa ni amanerada". Al respecto, también sostiene Nino²²⁰ que "Se suele calificar de dogmática una creencia en la verdad de una proposición que no esté abierta a la corroboración intersubjetiva y al debate crítico acerca de si se dan o no respecto de ellas las exigencias del conocimiento científico. Una creencia dogmática se funda exclusivamente en la convicción subjetiva o fe (...) obviamente respecto de la aceptación de las normas, por ejemplo, las que integran el Derecho positivo, no se pueden sustentar creencias..."

Por su parte, la dogmática jurídico penal, advierte Roxin²²¹, "es la disciplina que se ocupa, de la interpretación, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y (de las) opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal"

Como puede observarse, la dogmática corresponde a un modelo de pensamiento de raigambre racionalista, por tanto, es pertinente responder ahora a la pregunta acerca de la relación entre ella y el derecho positivo. En el capítulo precedente, se hizo alusión al iusnaturalismo racionalista, el cual pretende la fundamentación de una norma Universal basada en la naturaleza de la razón humana, valiéndose para ello en modelos sin duda, axiomatizados. Como lo anota Nino²²² "Los juristas racionalistas pretendieron construir grandes sistemas jurídicos, análogos a los que constituían los sistemas

²²⁰ NINO, C. S.: "Introducción al análisis del Derecho". Ob. Cit. Barcelona 2001. Pg. 322

²²¹ ROXIN. C.: "Derecho penal parte general tomo I". Ob. Cit. Madrid 1999. Pg. 192

²²² NINO, C. S.: "Introducción al análisis del Derecho". Ob. Cit. Barcelona 2001. Pg. 323

axiomáticos de la geometría, cuya base estuviera integrada por ciertos principios evidentes por si mismos para la razón humana". Este modelo pese a los enfrentamientos iniciales entre positivistas y racionalistas, fue aprovechado por los primeros, inclusive para la codificación Europea durante los siglos XVIII Y XIX.

De lo anterior, se puede deducir, que la dogmática como eje central del pensamiento científico del Derecho penal, refleja un intento del positivismo por estructurar un método científico que permita organizar y sistematizar, realidades incontrovertibles (dogmas), derivadas del razonamiento lógico; a partir de las cuales, se obtenga un sistema generalizado de aplicación Universal.

Ésta definición fue funcional para utilizar el apelativo de "ciencia" en el Derecho penal en las construcciones de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, por que como bien lo anota Roxín²²³, "*Uno de los cometidos más difíciles que encuentra la dogmática de la teoría general del delito es la formación y evolución cada vez más fina de un sistema del Derecho penal*" aunado al problema descrito por el profesor alemán, recaen sobre la dogmática moderna críticas²²⁴ a las cuales los teóricos han intentado dar respuesta.

Según lo anterior, puede observarse que la cientificidad del derecho penal de hoy, presenta, –en teoría- una concepción ambivalente en cuanto a su objeto de estudio, de un lado quienes incluyen la política

²²³ROXIN. C.: "*Derecho Penal. Parte General*". Ob. Cit. Madrid 2008. Pg. 193

²²⁴ Sobre el particular véase: MIR, S.: en: "*Introducción a las bases del Derecho penal*" Pg. 281 y ss, y así mismo véase, BACIGALUPO, E.: en "*Principios del Derecho penal, parte general*" Pg. 29 y ss

criminal bajo la lupa científicista, y de otro, los que excluyen el ámbito de la política criminal de su objeto, centrandolo para el estudio dogmático, exclusivamente las disposiciones legales y las opiniones de la doctrina científica.

Así mismo, La historia parece indicar, como se ha anotado a lo largo de éste trabajo, que la denominación del Derecho penal bajo la etiqueta de ciencia, es tan imperiosa que de la demostración de su científicidad dependen su validez y su legitimación.

Todo lo anterior debe ser contrastado con el derrotero histórico de la ciencia en su dimensión teórica, para comprender como interfiere la discrecionalidad del juez, en el concepto de ciencia del Derecho penal.

A este tema se hará referencia a continuación.

3.3.1 La influencia de las ciencias exactas en el derecho penal

Como se indicó antes, desde la postura cartesiana, hasta los años cincuenta del siglo pasado, el concepto de ciencia obedecería sin más, a criterios lógico-formales evidenciables en la práctica, con pruebas que condujeran al hecho positivo. Las ciencias exigían bajo el método causal explicativo, la precisión en la demostración de los fenómenos físico-naturales. Bajo éstas premisas era imposible que, el esfuerzo de Rocco, y Von Liszt al pretender hacer del derecho penal una ciencia obtuvieran jamás los frutos pretendidos, ello por la sencilla razón de que el juez a través de su discrecionalidad apoyada como pilar

fundamental del positivismo, interfiriera el curso de un resultado homogéneo en el transcurso de la actividad jurídico-penal, como se explicara más adelante de manera pormenorizada.

No sería sino hasta mediados del siglo XX cuando los criterios de la ciencia darían un giro notable, principalmente con lo argumentado por Karl Popper en su *lógica de la investigación científica*,²²⁵ quién propondría un criterio de “demarcación” con el propósito de diferenciar las proposiciones científicas de aquellas que no lo son; al trazar límites entre la ciencia y la metafísica, de tal forma que las proposiciones científicas tienen como característica principal la de ser “refutables” en tanto pueden ser modificables en el tiempo con otros ensayos o experimentos, sin interesar la veracidad o no de dichos ensayos a la hora de ser refutadas. Obviamente el pensamiento de Popper estaba en contravía del positivismo científico predominante en donde se diferenciaba entre proposiciones contrastables como: *es de día o es de noche*, y los abusos del lenguaje como, por ejemplo, *Dios existe*; en el positivismo como se ha anotado, esta última proposición carece de todo sentido, para Popper ésta afirmación no carece de sentido, pero debe ser apartada de la ciencia. En términos generales, Popper pretende con su propuesta resolver el problema entre el empirismo y el racionalismo²²⁶, al manifestar que la teoría es anterior a los hechos, pero que los hechos necesitan ser contrastados con la teoría, éste ejercicio permite diferenciar las teorías aptas, de aquellas que no lo son; de tal suerte que el conocimiento científico avanza en la medida

²²⁵ POPPER, K.: “*La lógica de la investigación científica*”. Ed. Tecnos Madrid 1962.

²²⁶ POPPER, K.: “*La lógica de la investigación científica...*,” Ob. Cit. Barcelona.

que sea posible descartar teorías que contradicen la experiencia. A éste ejercicio Popper lo denominará falsación, y éste criterio, se convertirá en el pilar de su teoría y en el principal criterio de demarcación como capacidad de una proposición de ser falseada o refutada²²⁷.

Esta postura trajo un debate muy importante con Wittgenstein, en el entendido en que para éste último era preciso distinguir entre proposiciones con sentido y proposiciones sin sentido. El criterio de distinción, para Wittgenstein, era el del "*significado*": las proposiciones científicas tienen significado, mientras que las que no lo tienen son conceptos metafísicos.

En éste sentido Wittgenstein²²⁸ aportaría algunas ideas clave para el cambio de pensamiento, en el sentido de orientar la existencia del mundo, al mundo del lenguaje. Partiendo de la lógica, establece el autor austriaco, que la identidad entre el lenguaje significativo y el pensamiento, es fundamental pues el pensamiento como representación mental de la realidad se rige por la lógica de las proposiciones, pues: la figura lógica de los hechos es el pensamiento²²⁹ o el pensamiento es la proposición con sentido²³⁰. De este modo, si algo es pensable, ha de ser también posible²³¹, es decir, ha de poder recogerse en una proposición con sentido sin importar si

²²⁷ POPPER, K.: "*Conjeturas y refutaciones*", Ed. Paidós. Barcelona 1983. Pg. 151, 152, 153.

²²⁸ WITTGENSTEIN, L.: "*Tractatus logico-philosophicus*". Ed. Alianza. Madrid. 2009. Pg. 31

²²⁹ *Ibidem* Pg. 3

²³⁰ *Ibidem* Pg. 4

²³¹ *Ibidem* Pg. 3-2

la proposición es verdadera o es falsa. El pensamiento es una representación de la realidad. La realidad para Wittgenstein es aquello que se puede describir con el lenguaje, por tanto la realidad en el *Tractatus* es una *imagen* que resulta de un lenguaje descriptivo, y no una *realidad en sí*; por eso los límites de *mi* lenguaje son los límites de *mi* mundo.

A Popper le seguirían las posturas de Thomas Khun, quien propendería por la demostración de la anti linealidad de las ciencias, utilizando para ello el concepto de paradigma; según Khun, las ciencias pertenecen a una suerte de nuevos paradigmas que se construyen indistintamente de la historicidad con la que sea concebida, de conformidad con su obra “la estructura de las revoluciones científicas”²³² el conocimiento científico se construye a partir de revoluciones periódicas que reemplazan el pensamiento antiguo por uno nuevo, generando así nuevos “paradigmas” de los que ha de partir la nueva ciencia.

Las anteriores posturas sobre el concepto de ciencia, serían para el Derecho en general y para el Derecho penal en particular, como agua para el manantial, puesto que la pretensión de una ciencia decantaría ahora sobre criterios de textura abierta que permitirían al derecho ajustarse a esos presupuestos. Sin embargo en el caso del Derecho penal de hoy, como se expresó, se sigue apelando a la dogmática y a la norma positiva (en especial a la ley) como justificantes científicas.

²³² Cfr. KUHN, T. S.: “*La estructura de las revoluciones científicas*”. Ed. Fondo de Cultura Económica de España. Madrid 2005.

En resumen, en un momento histórico dado, el Derecho penal, siguiendo la senda de la ciencia, asumió el positivismo (científico) para buscar su ratificación como tal. Así, en la medida en que la dogmática se presentó como un método que emulaba, a partir de la razón, elementos muy similares a las propuestas axiomatizadas de la física y la geometría, se intentó canalizar a toda costa una “ciencia” en la cual su objeto de estudio debería ser el Derecho positivo a la sazón del método antedicho. Sin duda, la dogmática logró iniciar un derrotero de sistematización, y organización, en especial sobre la teoría del delito; sin embargo no logró su cometido, dado el auge de las ciencias del espíritu, y la inclusión del Derecho al interior de las ciencias sociales, lo que generó una nueva mirada, como se anotó, en especial sobre el objeto de estudio de ésta pretendida ciencia.

Las críticas al positivismo enunciadas en el capítulo anterior, harían lo suyo, impulsando neo-teorías que han pretendido la legitimación del Derecho desde otros ángulos, y de contera poniendo nuevamente en entredicho el modelo dogmático como justificante metodológica para justificar la ciencia del Derecho penal.

Dentro de las críticas expresadas en contra del Derecho penal como ciencia, poco y nada se ha dicho con respecto a la influencia que sobre el debate en cuestión, ejerce la discrecionalidad del juez. Este concepto en las pretensiones científicas de antaño y en la contemporánea, como se mostrará a continuación, ejerce una influencia negativa, ya que genera una especie de paradoja que

impide la posibilidad de ajustar en términos de ciencia al Derecho penal.

3.3.2 La paradoja científica de la discrecionalidad judicial en el derecho penal

La ley penal -el tipo penal contenido en ella especialmente- es un objeto al que se debe acceder mediante las técnicas del lenguaje, su precisión, completitud y posibilidad de diferentes interpretaciones, no dependen en absoluto de criterios jurídico-penales, sino de la observación de la realidad, sin dejar de lado que en fin y al cabo la utilización del lenguaje común para la elaboración de conductas futuras, sigue y seguirá siendo un criterio metafísico, en el sentido de que solo la realidad futura de los hechos, puede ofrecer certeza sobre la concreción de la conducta en el tipo penal.

Otro tanto ocurre con la jurisprudencia penal, de igual forma que en el mundo de las maravillas de Alicia; la ley está dada, los hechos y pruebas son conocidos por las partes trabadas en la Litis, por lo cual se puede afirmar que, aparentemente el juez “sobra”; sin embargo existe un margen de extravagancia en dónde el juez puede fallar de una forma u otra. Cuando la ley presenta una antinomia, laguna o vacío, tenemos una “condena/absolución” que solo se materializa de una forma u otra en la sentencia. Éste fenómeno pone al descubierto que el Derecho penal por muy concreto que sea en la ley, ofrece sin duda un enorme margen de probabilidades de las cuales el juez escoge una. El objeto “Jurisprudencia” es profundamente relativo si

partimos de la lógica de la argumentación en donde el juez a partir de su propia razón interpreta ya no la “ley” –a falta de ésta, por ambigüedades y/o lagunas-sino los hechos a partir de pre-juicios.

La disyuntiva anterior en el derecho penal, es el resultado de los procesos de creación del concepto “ley” y del concepto “jurisprudencia” porque la primera obedece *a priori*, de la hipótesis de la futura ocurrencia de los hechos, así, su completitud y excepciones de ambigüedad dependen de la “creatividad” y de la observación empírica de una realidad especulativamente posible en el futuro, cuyo fin es la evitación como norma de motivación, de la comisión de delitos a base de prevención general negativa; en tanto la segunda – especialmente en los casos de discrecionalidad- obedece a criterios argumentativo-rationales *a posteriori*, con la exigencia de la complementación de las lagunas y vacíos dejados por el anterior so pena de la negación de administrar justicia, o de generar impunidad.

Esta paradoja que es producto de la discrecionalidad judicial, se puede explicar así: la “ley” es un criterio que ofrece posibilidades conocidas, si (A) entonces (B), si (Y) excepción de (A), entonces (W). Teóricamente se cumplen postulados matemáticos no probabilísticos sino exactos; entre más único y perfecto sea el criterio lingüísticamente, mucho mejor. En tanto la jurisprudencia ofrece múltiples posibilidades, entorno a la discrecionalidad: si (No A) o (A relativa) entonces (infinito), no es posible por tanto la “ciencia del derecho penal” incorporando en el concepto “derecho” e investigando

con el mismo racero la ley y la jurisprudencia, porque son objetos distintos de conocimiento.

Así las cosas, si se revisa a la luz de lo anterior, la dogmática como método sistematizador y orientador del Derecho penal entendido como ciencia, frente a la discrecionalidad del juez penal, han de hacerse, por supuesto algunos reparos.

Las categorías enarboladas como dogmáticas, han sido el fruto de la observación y crítica de conceptos, que a través del tiempo han fundamentado la orientación de toda una estructura tendiente a establecer cuándo a determinada persona, le es atribuible, a consecuencia de su actuar, una determinada pena. Entiéndase, como lo anota Velázquez²³³, que esas categorías son por ejemplo: la teoría del delito, las categorías de la acción, la imputación objetiva, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, las causas de exclusión de la conducta etc.

Por tanto, la pregunta que ha de responder la dogmática, es: ¿cuáles son los criterios definitorios y últimos de cada categoría? De suerte que, de no tener un criterio último y único en cada caso, el juez penal, enfrentará como se anotó en el capítulo primero de éste trabajo, una suerte de antinomias frente a los criterios orientadores de la estructura punitiva, ya no solo de la ley, sino de la estructura misma del Derecho penal.

²³³ VELÁSQUEZ, F.: “*Derecho Penal parte general*”. Ob. Cit. Bogotá 2009 Pg. 17

Si en éste orden de ideas, observamos tan solo una de esas categorías dogmáticas, por ejemplo la culpabilidad, encontramos lo siguiente:

En una magistral exposición sobre la culpabilidad, manifiesta el profesor Fernando Velázquez²³⁴ “*No obstante, en el derecho penal de las últimas décadas, se observan por lo menos tres corrientes sobre la concepción de la culpabilidad, que arrancan desde las más extremas opiniones librearbitristas hasta las deterministas y pasan por intentos mediadores de diverso orden*” a renglón seguido, explica el profesor colombiano, el significado del enfoque tradicional del concepto y su crítica debidamente fundamentada en seis aspectos, entre los cuales, cabe resaltar el último en el cual manifiesta²³⁵ “*... las relaciones entre política criminal, dogmática y el sistema jurídico penal que propiciaba éste concepto de culpabilidad, llevaban a que las exigencias político criminales se tuvieran que amoldar a las dogmáticas, cuando era y es evidente que el pensamiento problemático, tiene que primar sobre el sistemático (...) pues la política criminal tiene una posición autónoma y trascendente entre la dogmática y el sistema jurídico penal y es ella la que marca los límites últimos de la punibilidad*” con posterioridad a ésta exposición, resume Velázquez de manera puntual siete opciones dadas por la doctrina contemporánea, acerca del postulado de la culpabilidad, dentro de los cuales se destacan: el reemplazo del axioma *nulla poena sine culpa* por el principio de *proporcionalidad*, así mismo se propone su reemplazo por *la necesidad de pena*, de igual

²³⁴ Ibídem. Pg. 799

²³⁵ Ibídem Pg. 801

forma la doctrina propone su reemplazo por una noción funcional, dándole contenido con la *idea de fin*, cuya razón de ser es “ la fidelidad para el Derecho” .

Así, Velázquez²³⁶ termina su exposición mediante un balance, en donde manifiesta: “*Vistas las objeciones, al principio de culpabilidad y las propuestas para reemplazarlo o complementarlo, el saldo de la discusión es desalentador y sorprendente*” (...) *sustentando sus afirmaciones en Perrón y Roxin culmina diciendo*²³⁷ “... debe aceptarse de una vez por todas, que la concepción ideal de la culpabilidad hasta ahora buscada, no parece posible por el momento...”

Pese a que en éste apartado puede mostrarse la a-cientificidad del Derecho penal por otros medios, lo importante aquí es resaltarla por la vía de la discrecionalidad judicial. Por ende, la respuesta a lo anterior, puede estar dada, bajo el supuesto de que, la falta de acuerdo en todos los tratadistas con respecto a la definición de cada categoría o presupuesto dogmático, no quiere decir que el Derecho penal no sea una ciencia. Sin embargo, sobre ello la siguiente pregunta no se hace esperar: ¿Cuál es entonces, el objeto de la ciencia del Derecho penal? ¿Una serie de opiniones particulares y concienzudas especulaciones antinómicas, a partir de las cuales el juez “discrecionalmente” escoge una para proferir una sentencia? En efecto, al no haber acuerdo previo sobre su contenido, es el juez, a través de su discrecionalidad, quien define el objeto de esa ciencia, dependiendo en últimas, de sus –pre

²³⁶ Ibídem Pg. 804

²³⁷ Ibídem Pg. 805

juicios- particulares sobre la razón que considere mejor fundamentada al respecto de cada categoría dogmática.

En las ciencias empíricas, carece pues de importancia si se es partidario de una u otra teoría, por ejemplo si se justifica el Big Bang por la expansión del universo, o se justifican las teorías cuánticas del átomo para dar razón de ser al cosmos y su origen, o si finalmente se adhiere a la teoría de cuerdas.

En el Derecho penal, entendido como ciencia social, es impermisible que su objeto y método se concreten cuando la sentencia pone fin al proceso, poniendo de manifiesto que la decisión última acerca de su definición, puede versar sobre los mismos objetos a los cuales se les han asignado con contenidos distintos, así, la culpabilidad entendida en su aspecto psicológico, resulta distinta a la entendida en su aspecto normativo, y ello no depende en su aplicación práctica de lo dicho en la ley, ni como resultado de un juicioso análisis dogmático, sino del criterio que discrecionalmente en cada caso particular adopte el juez.

En éste orden de ideas, la discrecionalidad del juez penal, sobre las antinomias de la dogmática, se convierte en principio y fin de la ciencia, sin duda, él la define tanto en su método como en su objeto.

3.3.3 La ley y la jurisprudencia son dos objetos distintos para la ciencia

Los discursos de la ley y de la jurisprudencia son muy diferentes a la luz de la ciencia, en la medida en que se presentan como objetos observables, investigables y determinables por separado.

La pregunta que cabe traer a colación ahora es ¿qué ocurriría si no existieran motivos generadores de discrecionalidad judicial?

En el supuesto del mundo maravilloso de Dworkin, de la “*completud del derecho*” en donde no existen motivos para la discrecionalidad judicial, el objeto *ley* y el objeto *jurisprudencia* dependen matemáticamente el uno del otro fusionándose, de allí la insistencia del autor norteamericano de que los casos difíciles no son tales y que por el contrario son de fácil resolución a través de los principios; el error del autor desde la órbita de la ciencia reside en que rampantemente está excluyendo al juez a fin de lograr un objeto único, que, de ser así, nunca daría lugar a una diferencia entre juristas ante un caso legal, porque todos interpretarían de manera idéntica el derecho y “Científicamente” la realidad empírica nos demuestra a nivel universal todo lo contrario.

Como se ha manifestado desde el principio, el interés en éste acápite, de un lado es demostrar la a-cientificidad del Derecho penal a consecuencia de la discrecionalidad judicial y de otro, explicar cómo el concepto de discrecionalidad judicial afecta de tal forma el derecho

general y el derecho penal, que permite concluir que la ley y la jurisprudencia a la luz de la discrecionalidad judicial, se presentan en el mundo real como objetos diferentes para la ciencia, y que su abordaje en pro de construir nuevos paradigmas que permitan su aproximación, debe hacerse desde métodos distintivos, inclusive externos al “derecho.

Por tanto, la tipicidad, en tanto categoría dogmática, junto con el principio de reserva o legalidad que implican la sujeción a la ley penal, exigen que el criterio “ley” como objeto científico debe ser observado y estudiado desde las técnicas del lenguaje, su desconocimiento patrocina leyes sin sentido, ambiguas, oscuras e incompletas; lamentablemente para los seguidores incansables del positivismo jurídico, el método a utilizar para lograr la aproximación a éste objeto, es ajeno a todo sistema jurídico, residiendo -sin duda- en criterios de construcción lingüística y, obviamente bajo el imperativo de los criterios de la política criminal del Estado.

En tanto la “jurisprudencia” como objeto –en especial en los casos de discrecionalidad en casos difíciles- corresponde al mundo del argumento, y su respuesta metodológica-científica como se anotó anteriormente, está lejos de criterios jurídicos, ya que la omisión de criterios argumentativos en el discurso lógico judicial, es lo que en definitiva acarrea decisiones ambiguas, incompletas, oscuras y sin sentido.

Esta discusión, entre otros, es lo que ha motivado la construcción de lo que aquí se denominan, discursos neo-legitimantes, los cuales pretenden, dar respuesta científica a la construcción del Derecho como ciencia y así mismo legitimar sus contenidos; a ellos haremos referencia a continuación.

4. Completitud, argumentación, sintaxis o ética: cuatro discursos neo-legitimantes de la actividad judicial.

4.1 Derecho penal y discrecionalidad judicial en las corrientes neo-naturalistas.

Como quedó sentado en el capítulo anterior, a mediados del siglo pasado, ante lo que algunos han denominado como el ocaso del positivismo jurídico se han postulado una serie de nuevas teorías tendientes -en especial- a legitimar el Derecho. Las mismas en su interior, se han referido a la discrecionalidad buscando dar respuesta a la legitimidad desde posturas distintas, inclusive a través del regreso a criterios naturalistas como la moral, la ética, las consideraciones sociales, etc.

Cuatro debates exponenciales sobre la legitimidad del derecho en donde la discrecionalidad judicial es pieza clave se utilizan a continuación, como base de la postura asumida de las consecuencias de la discrecionalidad judicial en el ámbito del Derecho penal, como ya se dijo, estas consecuencias se concretan en el resquebrajamiento de

la legitimidad, del sistema normativo y de la cientificidad del Derecho penal, decantando en lo que aquí se ha denominado la orgánica del derecho penal, en contraposición al criterio sistémico.

Sobre la base de las posturas de los tratadistas del Derecho penal contemporáneo, en primer lugar el debate se centra en las reflexiones planteadas por los teóricos del derecho H. Hart y R. Dworkin en especial en las tesis de éste último sobre la completitud del Derecho como propuesta legitimante, desde luego a pesar de que son elaboraciones pensadas para el derecho anglosajón, sus consecuencias son útiles para mostrar la incidencia de la discrecionalidad judicial en el concepto errático de “sistema de normas en el Derecho penal”.

En segundo lugar se hace referencia al debate en torno a la decisión judicial a partir de los argumentos lógicos esgrimidos por la filosofía del derecho con base en juicios racionales centrando éste debate entre la tipicidad penal y la discrecionalidad judicial;

En tercer lugar, se hace referencia a la obra del profesor italiano Luigi Ferrajoli, en especial desde la óptica de su *principia juris*, que pese a defender a ultranza el derrotero positivista, ha de ser tenido en cuenta en éste apartado del trabajo, porque su producción pese a ser contemporánea, refleja desde la historia el método axiomático ya esgrimido por la teoría jurídica en otros escenarios en pro de la sistematización soñada para el Derecho.

Finalmente se alude a la ética como postulado en pro de la solución a la actividad discrecional del juez penal como propuesta impulsada frente al decaimiento de las posturas positivistas.

4.2 Primera postura neo-naturalista: Discrecionalidad judicial o completitud del Derecho

En las críticas al positivismo, se decanta el debate por la adjudicación de normas y por tanto por el análisis de la discrecionalidad judicial como talanquera a la pretendida existencia de un “sistema de normas en el ámbito del derecho penal”, además éste debate, permite la demostración de que el soñado sistema penal pertenece al mundo de lo ideal, porque en la realidad la manifestación de todo el ordenamiento punitivo se ha comporta como un organismo y no como un sistema, a éste punto se hace referencia a continuación.

Las críticas planteadas por R. Dworkin acerca de los pilares sobre los cuales se sustenta el positivismo acuñado por Hart, serán el punto de partida de sus principales tesis; a tal efecto planteará el teórico norteamericano su postura frente a las tres tesis básicas del positivismo planteado por Hart, contra la discrecionalidad judicial, la separación entre el Derecho y la Moral y finalmente contra las fuentes sociales del derecho. Ahora bien, como en el capítulo primero ya se expusieron las críticas contra el concepto de discrecionalidad judicial en el derecho, aquí solo resta referirse a manera de introducción en el pensamiento de Dworkin a las críticas ya referidas en torno a la

separación entre el Derecho y la Moral y a las fuentes sociales del derecho.

En cuanto a la separación conceptual entre Derecho y Moral debe recordarse que Kelsen en su “Teoría pura del Derecho” plasmó una visión acorde con la cual se quería “mostrar el Derecho tal cual es, sin intentar justificarlo o criticarlo”²³⁸ en tanto Hart había planteado una disposición *descriptiva* del Derecho²³⁹, Dworkin, por su parte reivindicará desde el comienzo con su postura una dimensión distinta basándose en que la distinción entre descripción y evaluación “ha perjudicado a la teoría jurídica”²⁴⁰. En éste sentido propondrá a diferencia de Hart un jurista “creyente”²⁴¹, que acepta los principios que subyacen al sistema jurídico dentro del criterio de que “una teoría general del Derecho será *normativa* valorativa y no sólo conceptual; la teoría de la legislación debe contener una teoría de la legitimidad. Una teoría general del Derecho tendrá muchas conexiones con otros apartados de la filosofía; la teoría normativa estará incrustada o incluida en una filosofía política y moral más general, la cual a su vez dependerá de teorías filosóficas sobre la naturaleza humana o sobre la objetividad de la moral”²⁴².

²³⁸ KELSEN, H.: “*Teoría pura del Derecho...*,” Ob. Cit. Buenos Aires 1989. Pg. 63.

²³⁹ HART, H.L.A.: “*Postscript*”, en: “*The Concept of Law...*,” Ob. Cit. Oxford 1994. Pg. 240.

²⁴⁰ DWORKIN, R.: “*A Matter of Principle*”, Ob. Cit. Oxford 1986. Pg. 148.

²⁴¹ PRIETO SANCHÍS, L.: “*Constitucionalismo y positivismo...*” Ob. Cit. México D.F. 1997. Pg. 52.

²⁴² DWORKIN, R.: “*Taking Rights Seriously*”, Duckworth, Londres 1978. Pg. 7 y 8.

El Derecho, por tanto en la postura de Dworkin, debe ser holístico; de allí toma sentido la propuesta de la integridad, a diferencia del positivismo que demarcaba la diferencia entre moral, derecho y ciencia política. Para Dworkin, la importancia de los “principios” en el Derecho, se relaciona con ésta visión, pues el derecho no solo considera reglas, sino también *policies* y *principios*. El principio es un “Derecho tácito” o “Derecho en el sentido hermenéutico”²⁴³, y obedece a un carácter moral: “llamo “principio” –Manifiesta Dworkin- a un patrón que debe ser observado, no porque origine o asegure algún escenario económico, político o social que se considere deseable, sino porque así lo requiere la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral”²⁴⁴.

Según Dworkin, los principios están basados en “derechos naturales”, así, señala que *“las personas pueden poseer derechos contra el Estado que son anteriores a los derechos instaurados por la legislación clara”*²⁴⁵ lo anterior, en contra del positivismo que como anota el autor *“refuta la imagen de que los derechos logren preexistir a cualquier carácter de legislación”*²⁴⁶.

En cuanto a las fuentes sociales del derecho, según Dworkin el normativismo positivista es en su seno reduccionista ya que las reglas se aplican en un todo o nada²⁴⁷ de tal forma que, en el pensamiento de Kelsen esto es claro, puesto que la consecuencia de la norma debe

²⁴³ DWORKIN, R.: *“Law’s Empire”* Harvard University Press, Londres-Cambridge, 1986. 3, 4, 65, 66, 67.

²⁴⁴ DWORKIN, R.: *“Taking Rights Seriously...”* Ob. Cit. Londres 1978. Pg. 22, 23.

²⁴⁵ *Ibídem* Pg. 183, 184, 185, 186.

²⁴⁶ *Ibídem* Pg. 11.

²⁴⁷ *Ibídem* Pg. 24.

ser aplicada inmediata y mecánicamente. Mientras que en el pensamiento de Dworkin los principios y directrices juegan un papel preponderante, según él “los principios no establecen consecuencias jurídicas que se deban seguir automáticamente si se verifican las condiciones jurídicas pertinentes²⁴⁸”: los principios entonces ofrecen “motivos para decidir en un sentido, pero no cargan una decisión específica”, porque “*Existe la posibilidad de (que existan) más principios o directrices que señalen en el otro sentido*”²⁴⁹.

Los principios tienen entre sí un peso o importancia que no tienen las reglas²⁵⁰ de tal suerte que entre ellos alguno puede resultar “derrotado” sin que ello sea óbice para que el principio deje de ser válido. También, resulta claro para Dworkin, que los principios gozan de la característica de ser dinámicos, es decir que no pueden ser fijados de manera definitiva; al punto refiere que: “*Si pretendiéramos contar todos los principios actualmente vigentes, decaeríamos; porque son discutidos, su peso importa, son incalculables, y se trasladan y cambian tan de prisa que el inicio de nuestra lista quedaría obsoleto antes de que alcanzáramos la mitad*”²⁵¹.

La presencia de los principios en el sistema jurídico es la base de la refutación de Dworkin en contra de la existencia de una regla de reconocimiento, y con ello, de las tesis enarboladas en el positivismo

²⁴⁸ Ibídem Pg. 25.

²⁴⁹ Ibídem Pg. 26.

²⁵⁰ Ibídem Pg. 26.

²⁵¹ Ibídem Pg.43 y 44.

sobre las fuentes sociales del derecho²⁵², en efecto dice “*si reflexionamos que los principios son Derecho, nos corresponde refutar la más significativa escuela positivista, a saber, que el Derecho es distinto de otras normas sociales -la norma morales- por medio de la aplicación de algún cuestionario definido por una regla esencial es posible que sea la regla de reconocimiento hartiana, o la “norma fundamental” kelseniana, etc.*”²⁵³.

4.2.1 Dworkin en el Derecho penal ¿Un debate con Hart?

La postura de Herbert Hart, parte de las críticas sostenidas contra el positivismo clásico planteado por Bentham y Austin, principalmente sobre la postura de éste último en cuanto considera que en todo sistema jurídico debe mediar la aceptación de un soberano grupal o singular, que emita órdenes respaldadas por amenazas, las cuales son generalmente aceptadas²⁵⁴. Sin embargo Hart, comparte dos cuestiones fundamentales del positivismo clásico: la separación entre derecho y Moral, y la presencia de la discrecionalidad judicial en el derecho²⁵⁵.

Ahora bien, en el ideario de su estructura jurídica, plantea Hart, dos tipos de reglas: las primarias y las secundarias, las primeras contienen derechos y obligaciones. En sentido estricto los tipos penales

²⁵² HART, H.L.A.: “*Postscript*”, en: “*The Concept of Law...*,” Ob. Cit. Oxford 1994. Pg. 263 y 264.

²⁵³ DWORKIN, R.: “*Taking Rights Seriously...*,” Ob. Cit. Londres 1978 Pg. 44.

²⁵⁴ HART, H.: “*El concepto de derecho*”. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1968. Pg. 32

²⁵⁵ *Ibidem* Pg. 32

consagrados en la ley, constituyen reglas primarias; las segundas son aquellas que facultan a los particulares o a las autoridades con la posibilidad de reformular o modificar las primeras y así mismo de crearlas, extinguirlas y además de determinar sus efectos²⁵⁶ en ellas se contienen: “la regla de reconocimiento” ampliamente explicada en el capítulo primero, las reglas sobre modificación de la ley que facultan a los particulares y al Estado para variar la ley, denominadas “reglas de cambio”²⁵⁷ y las denominadas por Hart, “reglas de adjudicación”²⁵⁸ que conforman toda la regulación sobre la actividad judicial. Es fundamental además dentro de la posición de Hart, entender que las reglas son una cuestión de asunción interna o externa del sujeto, siendo esto lo que permite la diferenciación entre lo que se está obligado a hacer, y lo que simplemente representa un hábito. Ello depende según Hart, de la aceptación de los sujetos dentro de una sociedad, así, desde el punto interno del sujeto que acepta la regla jurídica se cumple su función “normativa” y puede ser sometida a juicios de aprobación o desaprobación.

Sobre el punto específico de la adjudicación, Dworkin sostendrá en un primer trabajo²⁵⁹ en contra de las tesis de Hart, que no todos los casos difíciles tienen su punto de partida en la vaguedad contenida en una regla jurídica, y que además es errado permitir al juez para subsanarlo, otorgarle poderes discrecionales. En una serie de trabajos

²⁵⁶ Ibídem Pg. 101

²⁵⁷ Ibídem Pg. 117, 118, 119

²⁵⁸ Ibídem Pg. 120, 121

²⁵⁹ DWORKIN, R.: “*Judicial discretion*”, en “*The Journal of philosophy*”. Número 60. Oxford 1963. Pg. 624 a 638

posteriores que darían como resultado la obra final de Dworkin contenida en dos grandes publicaciones, “Los Derechos en serio” y el “Imperio del Derecho” éste plantearía sobre la discrecionalidad judicial defendida por el positivismo, que el juez, nunca tiene discrecionalidad judicial, pues todos los casos deben ser respondidos por el Derecho y cuando no haya regla, debe prevalecer un “principio” que permita al juez fallar el proceso, excluyendo de contera cualquier participación discrecional de su parte. Lo anterior se logra con la existencia de un hecho simbólico representado en un Juez perfecto “Hércules” que tiene un método infalible. Sobre él añade Dworkin, que todos los casos deben tener una única respuesta o decisión precisa al caso concreto.

Según Dworkin, Hart plantea que el juez, primero busca en la norma la solución al caso, y si no la encuentra, prácticamente la inventa, ésta práctica resulta antidemocrática y además para el caso del derecho penal resulta violatoria del principio de legalidad. Por lo anterior, Dworkin propone que necesariamente la solución a la discrecionalidad judicial está planteada sobre una metodología aplicada por los jueces –Hércules- , que en primer lugar, aplican el derecho sobre la base de la existencia de principios, en segundo lugar, en caso de colisión entre ellos propone una escala de prioridades que prefiera a unos sobre otros. De lo anterior, va a plantear Dworkin su tesis sobre la integralidad del Derecho, de tal forma que lo concibe como una “red sin fisuras”²⁶⁰ en la cual los principios operan como elementos de completitud, y las razones de los jueces²⁶¹, no son de conveniencia

²⁶⁰ DWORKIN, R. *Laws Empire*, Ob. Cit. Londres-Cambridge, 1986. Pg. 116

²⁶¹ *Ibidem* Pg. 216, 217 y 218

social a diferencia de las decisiones políticas del legislativo, sino de consistencia jurídica y moral.

Ante el señalamiento anterior y la postura adoptada por Dworkin, Hart hace la refutación correspondiente²⁶² a cuyo efecto concreta el centro del debate, manifestando que en todo caso, el juez en los casos difíciles verá enfrentados dos o más principios dentro de los cuales tendrá que escoger, y señala algo contundente para el debate: con su postura Dworkin desconoce la complejidad del Derecho, exigiendo una única respuesta para el caso y por tanto negando la contradicción propia de los “sistemas jurídicos”.

Esta última consigna hartiana vs. la observación de Dworkin acerca de que los jueces y juristas en la práctica siempre estarán convencidos de una única respuesta al caso y de que los “empates” entre principios son casi imposibles centran el debate y permiten concluir para el Derecho Penal lo que sigue a continuación.

En éste punto se debe partir de la pregunta acerca de si realmente Hart y Dworkin sostienen un debate, o por el contrario, sus intervenciones recaen sobre cosas distintas y sus tesis son complementarias. Al respecto, se puede sostener, de manera preliminar, que ambos justifican la forma como se operativiza el Derecho, ante la imposibilidad práctica de concebirlo como sistema debido al criterio constante de la discrecionalidad judicial.

²⁶² HART, H.L.A.: *“law in the perspective of philosophy”*, Oxford 1983 Pg. 145 a 158.

Para observar éste fenómeno en el derecho penal plantearé desde el sistema positivista de reglas hartiano y la completitud del derecho de Dworkin, las tesis sostenidas por Roxin, Jakobs y Ferrajoli partiendo del siguiente ejemplo: Un joven menor de edad, es abofeteado por su padre en presencia de varios de sus compañeros de colegio por faltarle al respeto, causándole una pequeña lesión en su labio inferior.

En teoría, si se parte del Derecho penal como un sistema de normas, está claro que la ley prescribe para éste tipo de casos que el padre debe ser condenado por lesiones personales agravadas o por violencia intrafamiliar, pero también prescribe el sistema, que la conducta podrá ser impune dado que los padres tienen la posibilidad de reprender a sus hijos, en ejercicio del llamado derecho de corrección que hace atípica la conducta o, en su caso, justificada. Dependiendo exclusivamente de la ponderación del juez en éste caso, en la sentencia se condenará por lesiones, violencia intrafamiliar, se concederá la causal excluyente de responsabilidad, o se abstendrá de imponer pena, basándose en que los padres tienen la potestad de – moderadamente- reprender a sus hijos.

Las tres reglas –primarias a las que se hace referencia- descansan en la ley y son generalmente aceptadas. Hart, de un lado descansaría, al responder acerca de la posibilidad contenida en el positivismo de dejar en manos del juez discrecional la respuesta, sin embargo el tratadista inglés, vería quebrantarse lo que él denomina sistema de normas, porque, -desde ahora se avizora-, pese a que las tres respuestas son probables, de las mismas se podría predicar que son

antidemocráticas, ilegítimas y arbitrarias, porque en cualquier caso, desde la óptica de las otras dos la escogida será “incorrecta” a la luz del Derecho penal contemporáneo y dentro del pretendido sistema de normas.

A su vez, si al caso sub judice se le aplica la metodología Dworkiniana a cada respuesta, lo correcto dependerá de la ponderación de principios, que en el derecho penal, puede dar como resultado una respuesta repulsiva inclusive para el derecho penal más garantista.

La postura Dworkiniana, frente a una posible “neo-legitimación” del Derecho y su debate, deben ser contrastados entonces, con las posturas predominantes en el Derecho penal a ello se hará referencia a continuación.

4.2.2 La validez del “sistema normativo” penal

Un juez penal que considere la defensa del sistema normativo de manera prioritaria, basado en los principios enarbolados por Jakobs, dictará su sentencia de condena escogiendo en tal caso un tipo penal u otro, manifestando su discrecionalidad mediante la escogencia entre una regla u otra- tipo de lesiones o tipo de violencia intrafamiliar-, en caso de conflicto entre éstas reglas, su postura se deberá dirigir al principio máximo que según su orientación doctrinaria le dicte, esto es, la defensa mediante el Derecho penal, de lo que él considera se debe defender que no es otra cosa distinta al sistema de normas. Vale decir que éste juez no aplicará la estrategia dworkiniana de ponderar

principios, como la dignidad humana, la integridad, la libertad, la vida, la honra, etc. hasta tanto no establezca si hay o no vulneración al sistema de normas porque de lo contrario su participación se autoconsideraría inocua. No se puede entonces exigir a éste juez que se comporte de otra forma, porque tanto su orientación como la aplicación de la norma en concreto son válidas.

Éste juez, debe convalidar la norma y lo hace como buen positivista Jakobsiano para dar prioridad a la defensa del sistema normativo, en el que por supuesto, también se incluye la excepción de absolver, por presentarse una causal de exclusión de responsabilidad penal, porque los padres tienen el derecho de reprender moderadamente a sus hijos. Sin embargo, allí encuentra otro motivo discrecional, y es que, en teoría, el juez no puede saber si protege el sistema de normas aplicando directamente una respuesta u otra según sus criterios jurídico-penales, pues debe observar el contexto, la situación en concreto, la prueba, la calidad de la ofensa etc. Esto lo lleva a la irrefutable respuesta de que, cuando él juez llena una laguna legislativa, no solamente crea el derecho, sino que como ya se vió cuando se discutió la postura de Bulygin, él juez valora los hechos y en su ejercicio los tiene que dotar de contenido, porque la historia completa no llega jamás a su conocimiento. Por tanto a través de valoraciones adapta los hechos al sistema y fuerza la aplicación del sistema a los hechos, por lo cual en el caso en examen, cualquiera de las tres respuestas es convalidable desde ésta orientación del Derecho penal como protección del sistema de normas; sin embargo, no ofrece ninguna respuesta a la discrecionalidad del juez, porque por

el contrario el sistema “exige” la respuesta: entonces, cabe preguntar ¿Qué sistema normativo es el que ha de protegerse? En resumidas cuentas lo que se protege, no es el sistema normativo porque en el imaginario del juez, él permanece incólume, lo que se tutela es la manera como el juez adapta los hechos a la teoría, pero ese proceso puede tener infinitas posibilidades, de tal forma que la limitante no es el conjunto sistemático sino los hechos, concluyendo que en algunos casos, los hechos son como dice el derecho y no como realmente son.

Ahora bien, la respuesta en torno a la validez de un sistema normativo para el juez en Roxin es distinta, ya que en el caso sub judice el juez debe decidir primero sobre si existe o no la vulneración de un bien jurídico y posteriormente seleccionar entre un bien jurídico y otro, -no exactamente para protegerlo-, hará la selección sobre la base de su quebrantamiento. Luego, desde la adaptación del comportamiento en el tipo, escogerá la descripción que contiene el bien jurídico quebrantado, es decir que desde el conflicto de reglas primarias escoge o selecciona del catálogo normativo el bien jurídico, inclusive en ocasiones permitiéndole la doctrina y la ley “seleccionar” dos o más bienes jurídicos vulnerados, en el caso del concurso de tipos. Sin embargo, positivamente el juez roxiniano se encuentra con el mismo fenómeno, en donde la orientación del sistema normativo no le ofrece la respuesta, sino que exhibe un abanico de posibilidades dado por el quebrantamiento o no del bien jurídico y nuevamente el juez adapta los hechos a la teoría mediante lo que él considera viable forzando ésta situación mediante la discrecionalidad.

En el garantismo el fenómeno punitivo dentro del sistema de normas presenta algunas particularidades que pueden ser explicadas con el caso en cuestión; sobre la base de una garantía que es la dignidad humana, quebrantada cuando un padre públicamente abofetea a su hijo, allí la discrecionalidad subyacente es aún mayor. El derecho de la víctima que también ha de ser protegido en pro del garantismo, subyace desde el principio rector sobre el que gravita gran parte del garantismo penal “La dignidad humana”.

En virtud del garantismo normativo, se complementan la estricta jurisdiccionalidad con la estricta legalidad en el proceso penal. Sin embargo, ambas se ven afectadas en caso de presentarse el conflicto o el vacío entre normas, si en dado caso el juez apela a la dignidad humana como valor supremo, su sentencia se verá necesariamente afectada, en especial frente a la postura iuspositivista crítica que asume Ferrajoli, la cual, permite que el juez tenga la posibilidad de emitir juicios de validez sobre las normas, dotando de sustancia las leyes en caso de vacíos, lagunas o antinomias permitiendo sin más la intervención discrecional²⁶³

Aunque el derrotero del garantismo penal es claro, frente a los abusos del poder del Estado en contra del indefenso individuo que padece los vejámenes antihumanos, al hacer de éste un compuesto sistémico es “ciego” porque no puede proveer de garantías solamente al victimario según sus bases liberales, democráticas etc.

²⁶³ FERRAJOLI, L.: Derecho y razón. Ob. Cit., Pg. 868 a 880.

Así las cosas, las posturas de Jakobs y Roxin en el caso examinado desde el positivismo de Hart, tienen tres respuestas correctas, la diferencia en la aplicación estará exclusivamente en la discrecionalidad del juez. Básicamente desde la visión hartiana, para el Derecho penal, la disputa entre reglas y la zona de penumbra tiene tres fuentes: la primera de orden semántico a la que se hace referencia luego, cuando se aborde el “sistema normativo” a partir de las teorías filosóficas; la segunda para la cual, la penumbra oscilará por la escogencia entre un tipo penal y otro, frente a su concreción con la realidad de los hechos; y la tercera, que se configura por la concreción del comportamiento en las categorías dogmáticas previamente establecidas en la ley, ampliamente desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia, esto es: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; las anteriores por su demostrada inexistencia, o por la presencia de una causal excluyente de responsabilidad que particularmente las afecte.

Si se acepta que el Derecho penal es un sistema normativo, perfectamente se puede observar frente al caso anterior, cómo se pueden tener tres y hasta más posibles soluciones distintas bajo los criterios únicos de cada juez, pero extrañamente sustentados con lo extraído del mismo “sistema”; solo que los jueces discrecionales, como en un catálogo de una misma tienda, a los casos difíciles les aplican el sistema como ellos intrínsecamente lo perciben.

Las decisiones de los jueces penales oscilan básicamente entre dos posturas: la condena o la absolución, ambas basadas claro está sobre

la aplicabilidad de la norma, es decir que se es inocente bajo el sistema, pero también se es responsable de la comisión del delito según el sistema.

De esta manera, la discrecionalidad judicial en materia penal desde Beccaría hasta las posturas más reconocidas de hoy ha permeado el ideal de un sistema de normas, como se vio en el capítulo anterior, en materia penal ésta incidencia tiene particularidades, que inclusive hoy son fuente importante de las construcciones de los grandes teóricos, el principio de reserva o legalidad, la afectación social con la imposición de la pena, las excepciones a la interpretación analógica, la relación con el procedimiento penal a diferencia de otras jurisdicciones, etc., que generan un caso particular de la discrecionalidad en el Derecho penal.

El efecto de considerar un sistema normativo que dentro de su contenido logre desechar la discrecionalidad judicial, nos llevaría al imaginario dworkiniano para el cual el derecho lo contiene todo y no existe sino una única respuesta al caso, de tal suerte que cuando el hecho de un homicidio dé muerte a su víctima allí se agota todo el Derecho penal, pues como se sabe cuál es la respuesta correcta y única, jamás entrarían en litis los términos de éste conflicto. La postura del fiscal y la del defensor carecerían de importancia y, por supuesto, la del juez también, es más, un sistema como el pretendido por Dworkin, debería llevar a la conclusión de que el Derecho es hermético y solo restaría como sociedad imponer la sanción. Eso jamás va a suceder; los motivos discrecionales en Dworkin son mucho

más latentes por mucho que niega su existencia, el solo hecho de argüir para superar las críticas que hace a la regla de reconocimiento, sobre la base de que el juez, debe apelar a criterios morales y éticos para la decisión, lo pone en contradicción con los postulados del Derecho penal en un punto de contradicción que genera más discrecionalidad de la que el mismo positivismo reconoce. Por ejemplo, cabe preguntar: ¿qué hacer con los jueces que alegan una excepción de conciencia para fallar procesos de aborto en casos permitidos, o en procesos por delitos sexuales? Ese no solo es un caso difícil, sino que a partir de la teoría de Dworkin es un caso imposible, pues un juez que alega una situación de conciencia prejuzga y si se sabe, cual es el contenido de la objeción, se sabrá cuál es su decisión posiblemente no ajustada a la ley sino a sus propios principios morales que con toda seguridad son distintos para un sinnúmero de juristas y de jueces gnósticos.

Sin duda, pues, que hace Dworkin como se anotó desde un principio, no es establecer un debate con Hart, es completar las tesis hartianas, agregando al sistema del positivista inglés, los principios en pro de solucionar de alguna forma la aparición de la discrecionalidad judicial que es el centro de su preocupación.

4.3 Segunda postura neo-naturalista: la teoría de la argumentación desde la perspectiva del juicio racional

Una de las grandes contiendas que se presentaron en los años cincuenta del siglo pasado, en contra del positivismo y dentro de él la

discrecionalidad judicial, se basa en la idea de reivindicar la retórica a través de la argumentación. Durante la hegemonía del pensamiento científico lógico-formal y demostrativo, que inicia con el pensamiento cartesiano, y toma fuerza en el siglo XVIII disciplinas como la retórica fueron echadas al olvido junto con todo lo ilógico y lo irracional que aparentaban ser las ciencias sociales y humanas, debido a que el mundo se movió desde entonces, a partir de verdades universales y demostrables con pruebas puntuales.

El mundo del Derecho, como se anotó en el primer capítulo, no podía escapar a los enunciados de la lógica para pasar de un estado de suposición intuitiva, a uno de demostración científica, por ello, la lógica del lenguaje y sus consecuencias, abarcarían las demostraciones geométricas y aritméticas, pero también de manera explícita el mundo de lo jurídico en especial en cuanto a la decisión se refiere, se vería inmerso en el universo de la Axiomática,²⁶⁴ definida por Blanché como un proceso en el cual, partiendo de axiomas y postulados contenidas en proposiciones básicas, un sistema como la ciencia, puede generarse empleando reglas específicas mediante la deducción Lógica.

La filosofía del Derecho frente al compromiso de la motivación razonada de las sentencias, ha realizado desde entonces grandes esfuerzos. A través de las teorías del juicio ha intentado desentrañar la esencia de dicha motivación. Uno de los autores que más se ha

²⁶⁴ Cfr. BLANCHÉ, R.: *La axiomática*. Última edición. Ed. Fondo de Cultura económico. México. D.F 2002.

preocupado por el asunto es Taruffo²⁶⁵ quien plantea dicho problema al interior de dos teorías, por un lado la sistemática Deductiva propia del positivismo, que entiende la motivación y el juicio a manera de silogismo Judicial y por otro lado, dentro de una teoría antisistemática, que nacida de la decadencia del positivismo clásico frente al problema valorativo, destaca factores tópicos, retóricos y argumentativos. Lo anterior va a dar lugar a la discusión del Derecho contemporáneo, que sienta sus bases en la Lógica Axiomática²⁶⁶ desde la Teoría de la Argumentación Jurídica como búsqueda de la racionalidad en la decisión.

Desde luego, todo el debate de la retórica hasta la argumentación no puede mostrarse aquí en detalle, solo puede señalarse su relevancia de cara al tema específico del debate entre el positivismo y la lógica del discurso en pro de generar una jurisprudencia uniforme y científica, que no decante en juicios discrecionales.

4.3.1 Tópica, Retórica y Juicio Racional

En el derecho europeo de la posguerra, comienza a vislumbrarse, lo que hoy se conoce como teoría de la Argumentación Jurídica a partir de los estudios del pionero de dicha teoría, Theodor Viehweg²⁶⁷ . Con

²⁶⁵ TARUFFO, M.: “*La Motivazione della Sentenza Civile*”. Ed. Cedam. Padova 1975. Pg. 149, 150

²⁶⁶ Ferrajoli, L. en su tratado “*Principia Juris*” dedica el tercer tomo exclusivamente a la axiomática a la que me referiré más adelante. FERRAJOLI, L.: “*Principia Juris. Teoría del derecho y de la democracia.*” Ed. Trotta. Tomo III. Madrid 2011.

²⁶⁷ Cfr. VIEHWEG, T.: “*Tópica y Jurisprudencia*”. Traducción de Luis Díez-Picazo. Ed. Taurus, Madrid, 1964.

el propósito de crear un nuevo método para la interpretación y aplicación del Derecho Viehweg trabajó para dar un sentido de racionalidad a las decisiones de orden Jurídico y también a la justificación en la toma de dichas decisiones; a éste le siguieron autores como Chaïm Perelman²⁶⁸ y Robert Alexy²⁶⁹.

Viehweg explica la tópica como una forma de pensamiento orientada hacia un problema, los problemas generan un Arte de Invención, o serie de posibilidades²⁷⁰. Para dar respuesta a un problema, éste admite una serie de posibilidades que llevan a la contestación. Lo anterior lo denomina Viehweg sistema. La tópica abre la discusión hacia nuevos y diferentes puntos de vista. En términos de Viehweg la Tópica toma puntos de vista y los contiene en catálogos, creando la jurisprudencia regular.

Así entendida la tópica, sostiene Viehweg que lo más importante es la discusión, una de las ideas claves de la Tópica: se encuentran argumentos para una respuesta, se introducen algunos puntos de vista, y se resuelve frente a uno de los tópicos encontrados.

Para llegar a la teoría tópica del raciocinio jurídico, Viehweg parte del rechazo de la tópica Aristotélica, pasando por las elaboraciones del

²⁶⁸ Cfr. PERELMAN.: *“La lógica jurídica y la nueva retórica”*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Ed. Civitas. Madrid, 1979.

²⁶⁹ Cfr. ALEXY, R.: *“Teoría de la Argumentación Jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

²⁷⁰ VIEHWEG, T.: *“Tópica y Jurisprudencia...”*, Ob. Cit. Madrid, 1964.

gran teórico italiano Vico²⁷¹, y los métodos crítico, retórico de Cicerón y el cartesianismo. Para Aristóteles²⁷², existen dos tipos de argumentaciones, de un lado las *apodícticas* que corresponden exclusivamente a ámbitos de la verdad, y de otro las *dialécticas*, que se mueven en el ámbito de la opinión. Ahora bien, la tópica para Aristóteles, corresponde al mundo de lo dialéctico lo que impulsa al desarrollo de un método, que a través de silogismos, evite la existencia de contradicciones. Las conclusiones dialécticas que son dadas, deben estar soportadas por opiniones acreditadas que necesariamente cuenten con aceptación, éstas opiniones acreditadas como puntos de vista aceptados universalmente, son para él, el objeto de la tópica cuyo fin último es llegar a la verdad a través de los argumentos (opiniones) que se esgrimen en pro y en contra.

Según lo explica R. Marra, para Weber, toda ciencia tiene relación directa con un problema que es precisamente, la causa que la genera. Sistemáticamente, deben organizarse los principios y objetivos de esa ciencia, para dar respuesta al problema. La jurisprudencia, al no tener dichos principios y objetivos asegurados, debe valerse de la tópica a través de la cual, se puede estructurar sistemáticamente el Derecho. Weber se aproxima a una idea de ciencia del Derecho como estudio

²⁷¹ VICO, Gian Battista, 1688-1744 *“El núcleo de su pensamiento es hallar una explicación a la multiplicidad de leyes que rigen las vidas de los hombres, siendo tan sólo una, eterna e inmutable, la justicia. Halla en los cambios de mentalidad de los pueblos, acaecidos a lo largo del acontecer histórico, la explicación al problema. La justicia, fundamento de la ley, pasa para Vico por tres etapas: la de lo divino, la de lo heroico y la de lo humano”* tomado de <http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/personajes/6335.htm>

²⁷² Cfr. ARISTÓTELES.: *“Órganon I (Categorías - Tópicos – Sobre las Refutaciones Sofísticas)”*. Traducido por Miguel Candel SanMartín. Organon III – Lisboa: Ed. Gredos, Madrid 1988 1986. Traducido por Pinharanda Gomes.

del sentido lógicamente correcto de las normas, con el objetivo final de retomarlas dentro de un sistema coherente, privado de contradicciones y lagunas²⁷³.

4.3.2 Chaim Perelman y el concepto de auditorio en la argumentación

Con una división tripartita, Perelman aborda el problema de la argumentación, al considerar que ella, se forma a partir de la Lógica, la Ética y la Retórica, todo dentro del marco de lo que denominó una nueva retórica.²⁷⁴ Conforme a ello, el raciocinio jurídico, no se forma a partir de simples deducciones como lo manifestaban los partidarios del silogismo, ello por el peligro que representaba ignorar los juicios de valor de cara a la importancia que revisten para el Derecho, cuestionando así la posibilidad de crear juicios, no solo a partir de nuestras emociones, sino de nuestros valores.

Para la corriente positivista, tal posición no es de recibo debido a la inseguridad que producen los juicios valorativos de “deber ser”, frente a los juicios que emanan simplemente de los hechos o juicios del “ser”. La problemática no solo se anida allí sino que en contraste, las

²⁷³ MARRA, R.: “Weber y la Duplicación de la Ciencia Jurídica”. Una Réplica a Bergalli. Revista Doxa. Número 12. Madrid, 1992. Pg. 375-384

²⁷⁴ Nueva Retórica es el estudio de las técnicas discursivas que buscan provocar o intensificar la adhesión de cierto auditorio a las tesis presentadas lógicamente jurídica. PERELMAN, Ch.: “*The new rhetoric*”. La Nouvelle Rhétorique: Traité de l'Argumentation. Hay varias ediciones, 1976, Bruxelles, l'Université de Bruxelles: Traité de l'Argumentation: La Nouvelle Rhétorique. Hay traducción al Español en Gredos, Madrid, 1990.

proposiciones y los hechos tienen a su haber la posibilidad de ser demostrados, en tanto que los juicios de valor no.

En vista de una nueva retórica, la idea central es adherir al auditorio a través de la persuasión a los argumentos propios, de tal forma que al cambiar el auditorio cambiará el sentido del discurso por que la motivación será diferente, es más, si con la argumentación judicial se trata de impresionar al juzgador, el discurso estará estrictamente sujeto a lo dispuesto en la norma, si el discurso pretende ganar la atención social, estará impregnado de criterios que giran en torno al bienestar general.

Con lo anterior, queda establecido que el concepto primordial de Perelman es el de auditorio, el cual define como el conjunto de aquellos seres humanos sobre los que quiere influir el orador por medio de su argumentación²⁷⁵, la finalidad de toda argumentación es pues, lograr o fortalecer la adhesión del auditorio²⁷⁶ y para lograrlo, el orador debe adaptar su discurso al mismo.²⁷⁷ La argumentación es por ello función del auditorio. Entre otras razones porque ésta función es lo que distingue la argumentación de la demostración, ésta última entendida como la deducción lógica.

Ahora bien, cabe preguntar frente a la posición de Chaim Perelman, de qué tan amplio puede resultar el concepto de motivación, en la

²⁷⁵PERELMAN, C.: *“La lógica jurídica y la nueva retórica...”* Ob. Cit. Madrid 1979. Pg.145

²⁷⁶Ibídem Pg. 12

²⁷⁷Ibídem Pg. 25

elaboración del juicio. Desde William James²⁷⁸ y Charles Darwin²⁷⁹ la psicología ha venido esgrimiendo los conceptos de Motivación y Emoción sin los cuales según los partidarios de dichas teorías no es posible entender el comportamiento de cualquier ser vivo²⁸⁰ según Francesc Palerm:

“La disciplina de la motivación y emoción, se origina en la consideración de los procesos motivacionales (conación) y de los procesos afectivos de forma conjunta con los procesos cognitivos (razón). Sigue con la individualización de dichos procesos, dimensiones (facultades), lo que da lugar al predominio de los estudios, teorizaciones e investigaciones particularmente centradas en cada uno de los dos procesos que conforman nuestra disciplina. Culmina con la situación actual, momento en el que, de nuevo, se considera la necesaria interacción de los tres procesos para comprender la propia dinámica conductual”²⁸¹.

Emitir un juicio depende entre otros, conforme a la psicología y la neurología modernas, no solo de motivos enunciados simplemente desde la razón, y desde la posibilidad especulativa que ella brinda, sino que dichas áreas del conocimiento, se han interesado actualmente por la ubicación del sustrato neurobiológico de los

²⁷⁸PALMERO, F.; FERNÁNDEZ ABASCAL, E.G.; MARTÍNEZ, F. y CHÓLIZ, M.: *Psicología de la motivación y la emoción*. McGraw Hill. Madrid 2002. Pg 4

²⁷⁹Ibidem. Pg. 4, 5.

²⁸⁰PALMERO, F.; FERNÁNDEZ ABASCAL, E.G.; MARTÍNEZ, F. y CHÓLIZ, M.: “*Psicología de la motivación y la emoción...*,” Ob. Cit. Madrid 2002.”Presentación” a la primera edición.

²⁸¹Ibidem Pg. 3 y 4

sistemas motivacionales de aproximación y de evitación, Gray y Davidson:

“Partiendo de una propuesta acerca de una valencia emocional para entender por qué un individuo actúa de un modo o de otro, propone recientemente que, en el ámbito de la motivación, es imprescindible localizar cuales son las estructuras neurobiológicas que se encuentran implicadas en la motivación para aproximarse a un objetivo, y en la motivación para alejarse o evitar un determinado objetivo”. A lo anterior se le conoce como *Hipótesis basada en la dimensión de aproximación –evitación*²⁸².

Por tanto, la motivación judicial, no puede ser entendida en sentido estricto, desde el lenguaje, por que indudablemente éste concepto encierra variables de diferente índole, entre ellas, la que se acaba de enunciar dentro del marco de la evolución de la Psicología.

4.3.3 La teoría de la argumentación de R. Alexy

En su “Teoría de la Argumentación Jurídica” manifiesta Alexy refiriéndose a la obra de Perelman, que con el concepto de auditorio universal se vinculan otras dos importantes distinciones: de un lado la que existe entre persuadir y convencer, y de otro lado la que se presenta entre argumento eficaz y valido. Quien busca solo el acuerdo de un auditorio particular, trata de persuadir y quien se esfuerza por

²⁸²Citados en: PALMERO, F.; FERNÁNDEZ ABASCAL, E.G.; MARTÍNEZ, F. y CHÓLIZ, M.: “*Psicología de la motivación y la emoción...*,” Ob. Cit. Madrid 2002. Pg. 16

lograr el del auditorio universal, quiere convencer. En consecuencia, los argumentos que encuentran el acuerdo del auditorio universal son válidos, mientras los solo aceptados por un auditorio particular solo son eficaces. Esa es la razón por la cual Perelman subraya ciertamente que la frontera entre convencer y persuadir con frecuencia no se puede trazar de una manera clara, y que existe una interrelación entre eficacia y validez.²⁸³

Así mismo dentro de la tesis de Alexy quien recoge la teoría de la tópica y entendiendo que dicha teoría es una técnica de búsqueda de premisas, que propone la búsqueda de todos los puntos de vista susceptibles de tener en cuenta²⁸⁴ sostiene que una teoría de la argumentación jurídica tiene, sin embargo, que incluir tanto una teoría de la dogmática jurídica, como también de la valoración del precedente²⁸⁵ Por ello, elabora su teoría de la argumentación, a partir de una crítica moderada dado que de las teorías anteriores recoge gran parte de su discurso, el cual se puede esbozar así: para él las valoraciones son de gran importancia en el sistema jurídico a la hora de aplicar la norma, y se agrupan en cuatro categorías: las valoraciones basadas en consensos existentes de facto; las extraídas del material jurídico consolidado; las derivadas de principios suprapositivos; y, finalmente, las que surgen de conocimientos empíricos.²⁸⁶

²⁸³ ALEXY, R.: “*Teoría de la Argumentación Jurídica...*”, Ob. Cit. Madrid 1997. Pg. 164

²⁸⁴ *Ibidem* Pg. 40

²⁸⁵ *Ibidem* Pg. 41

²⁸⁶ MARTINEZ, F.: “*Teorías de la Argumentación Jurídica: Una visión retrospectiva de tres autores*”. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 8, 2004/2005, pp. 273-296 Disponible en

Alexy sostiene que la teoría del discurso, es procedimental²⁸⁷ “Una norma es correcta solo si puede ser el resultado de un procedimiento definido a través de las reglas del discurso”²⁸⁸, sin embargo, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general²⁸⁹. En ambos casos, se trata de corregir enunciados de normas, y de premisas, no obstante el discurso jurídico presenta diferencias con el discurso general por que en las disputas jurídicas no se someten todas las cuestiones a discusión sino las que estén reglamentadas en el derecho por causa de los precedentes, la ley, y los procedimientos. A partir de estas bases, se construye una teoría del discurso práctico racional general.

De ésta manera, las reglas del discurso jurídico parten de la división que hace Alexy entre la justificación interna que se basa en las técnicas racionales del silogismo²⁹⁰, es decir, verificar si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamento y la justificación externa²⁹¹, cuyo objeto es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna, la cual divide en seis grupos a saber: 1. De interpretación (La ley) 2. De la argumentación dogmática (dogmática) 3. Del uso de los precedentes (del precedente) 4. De la argumentación práctica general (o de la razón) 5. De la

<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero8/martinez.htm>, Fecha de consulta marzo de 2010.

²⁸⁷ ALEXY, R.: “*Teoría de la Argumentación Jurídica...*”, Ob. Cit. Madrid 1997Pg. 44

²⁸⁸ *Ibidem* Pg. 205

²⁸⁹ *Ibidem* Pg. 206

²⁹⁰ *Ibidem* Pg. 214 y ss.

²⁹¹ *Ibidem* Pg. 222

argumentación empírica (o de la argumentación) y 6. Las formas especiales de argumentos jurídicos²⁹².

Para Alexy pues, las proposiciones normativas, no pueden decaer a proposiciones empíricas, admitiendo no obstante, elementos psicológicos y sociológicos en ellas, pero desde allí, dichas proposiciones no se pueden tomar como correctas o verdaderas.²⁹³

Los discursos, advierte Alexy son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico, puede concebirse como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente.²⁹⁴

Se puede observar entonces, cómo no solo el debate por la adjudicación entre el positivismo y el realismo jurídico, han decantado el debate de la discrecionalidad, sino que desde la filosofía del derecho, emerge un debate no menos importante que encuentra sus raíces en el uso del argumento. Así, La argumentación encuentra en el derecho un espacio fundamental a raíz de la decadencia del pensamiento positivista científico centrado a mediados del siglo pasado, en dónde las verdades absolutas -más en el derecho- pierden vigencia por completo.

²⁹² *Ibidem* Pg. 223 y ss.

²⁹³ *Ibidem* Pg. 175

²⁹⁴ *Ibidem* Pg. 177

De lo anterior se puede concluir que la teoría de la argumentación y el debate de la filosofía del derecho desde ésta orientación, busca resolver básicamente los mismos inconvenientes que se han planteado desde el discurso general del derecho, esto es: 1. La vaguedad del lenguaje jurídico, 2. La posibilidad de conflictos de normas, 3. La inexistencia de norma para resolver un caso específico y 4. La posibilidad de decidir en casos especiales en contra de una norma vigente²⁹⁵ solo que ésta técnica como ya se dijo se dirige a la decisión y a la actividad judicial en concreto. Por supuesto éstas tesis del discurso racional y toda su carga teórica aunada a las consecuencias que se acaban de señalar, confirman la tesis aquí defendida de que el dilema a resolver es la discrecionalidad del juez y las consecuencias que ella genera. Así, la solución dependerá específicamente de resolver los efectos producidos por las decisiones discrecionales.

Incluso debe decirse que la relación directa entre la discrecionalidad y el derecho penal bajo el criterio de la argumentación se encuentra basada específicamente en los criterios de legalidad y tipicidad a los que se hace referencia a continuación.

²⁹⁵ Ibídem Pg. 23, 24 y 25

4.3.4 La relación del Derecho penal con la argumentación jurídica²⁹⁶

El positivismo normativo alemán, desarrolló desde la esquemática del delito un criterio al que desde sus inicios denominó tipicidad, según la cual la conducta desarrollada por el sujeto activo del delito, debe coincidir en todas y cada una de sus partes con la descripción contenida en el tipo. Sobre éste concepto, se han esgrimido un sinnúmero de teorías que han modificado su estructura básica formulada por F, von Liszt hasta los denominados esquemas post-finalistas. Este criterio además, ha sido objeto de diversos debates filosóficos y teóricos acerca de lo que debe considerarse como su verdadera estructura, con conceptos que van desde comprenderle como una simple descripción de hechos futuros, hasta integrarlo junto con el dolo en el denominado tipo subjetivo y los criterios de imputación en el denominado tipo objetivo.

Sin embargo, pese a las enormes variaciones, en el transcurso de su contemplación como categoría dogmática, se mantiene la constante de ser un elemento descriptivo de conductas futuras. Éste criterio sumado al principio de reserva o legalidad, configuran la relación directa entre el supuesto fáctico y la contemplación previa de lo que el legislador considera como un acto delictivo.

²⁹⁶ Vale anotar que en principio las técnicas de la argumentación jurídica tal como se acaba de exponer son rechazadas por el positivismo.

La soñada mecánica estructural de la dogmática jurídico-penal ya enunciada con anterioridad, consiste en la adecuación de los criterios dogmáticos a la conducta desplegada por el delincuente, de tal suerte que el encuadramiento de las proposiciones dogmáticas que conforman el “Injusto Culpable” genera una suerte de “axiomas” jurídico/penales generales, que “en teoría”, si encuadran en todas sus partes con los hechos, decantarán en la imposición de una pena. Ahora bien, el hecho de que se identifique la realidad con los axiomas propuestos, depende de varios factores que a su vez han sido seleccionados y constituyen el cuerpo del axioma correspondiente, se alude, a la conducta sin eximentes de responsabilidad, al tipo penal desplegado sin que medien causales de atipicidad o de error de tipo, a la ausencia de justificantes o exculpantes de la conducta, la tentativa, la autoría y la participación etc.

Como se anotó ya, las zonas de penumbra que producen discrecionalidad en el ámbito del Derecho penal subyacen primordialmente en la selección que ha de hacer el juez penal entre tipos penales para realizar el juicio de valor encaminado a precisar si la conducta encaja en él²⁹⁷, y una vez elegido el tipo verificar su correspondencia absoluta, teniendo en cuenta los criterios anotados anteriormente.

²⁹⁷ Resulta evidente, que el juez penal, primero conoce los hechos y su primera respuesta siempre hará referencia al cotejo entre ellos y el contenido jurídico penal descrito en el tipo, no resulta viable que el juez se pregunte antes de éste ejercicio sobre la antijuridicidad o sobre el dolo en la teoría de la culpabilidad o sobre la posibilidad de actuar diferente, o edifique un juicio de reproche sin adaptar siquiera someramente los hechos al tipo.

El ejercicio lógico que crea la correspondencia entre el derecho penal y los hechos, es lo que ha de cubrirse con la teoría de la argumentación y que posteriormente decantará en la sentencia como juicio racional. De tal suerte que en algunos casos, ésta argumentación ajusta sin vacilaciones el texto legal y a la dogmática con los hechos, considerando la preexistencia de sus axiomas en todos sus contenidos, por tanto el discurso argumentativo no presenta mayores inconvenientes ni en su justificación interna ni en su justificación externa, en éste caso la argumentación del juez estará ajustada a la norma.

En otros casos no hay tal coincidencia, especialmente por la posibilidad en la multiplicidad de interpretaciones, la vaguedad de la norma, la inexistencia de norma para el caso, la contradicción normativa, etc. En tal caso el juez penal de igual forma deberá argumentar su decisión, pero ajustándose a las reglas del discurso garantizando la “racionalidad” de la decisión, valiéndose para ello de las reglas y formas de justificación externas a la norma penal enunciadas anteriormente.

La pregunta aquí no va dirigida a si esto es o no posible en el ámbito del Derecho penal, pues se trata de precisar cuáles son los efectos de aplicar en el derecho penal tal teoría de la argumentación.

Para explicar el problema anterior se pueden citar varios ejemplos del derecho comparado. El código Penal Español, *verbi gratia*, regula en los arts 61 y ss lo relativo a la imposición de la pena, y a la manera

como los jueces deben determinar su quantum. En efecto dice el Art 62: “Frente a la imposición de la pena a los autores de tentativa. La norma expresa que la pena a imponer, será inferior en uno o dos grados de acuerdo a la que se tenga para el delito consumado...”, es claro que la tentativa frente a la ausencia de consumación, de antaño exige la imposición de una pena inferior a la exigida para el delito consumado. Junto a lo anterior expresa la norma: “en la extensión que se estime adecuada atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”

Como es apenas entendible en el ejemplo anterior, el margen de la determinación de la pena, está cifrado en la idea de peligro y el grado de ejecución; y la pregunta frente a la argumentación es ¿cuál debe ser el criterio de peligro que debe manejar el juez al momento de imponer la pena, y cuál el grado de ejecución?. La norma le indica al juzgador que ello se debe hacer “en la extensión que estime adecuada”. Lo anterior quiere decir que dependerá exclusivamente del juez, cuál es la extensión que él personalmente considera adecuada, se está pues frente a un caso de ambigüedad en la norma, que le posibilita al juez libremente determinar si rebaja la pena en uno o dos grados. En éste caso se puede afirmar que la discrecionalidad que emerge de la norma es relativa, pues no está en manos del juez en su totalidad el imponer una pena u otra, sino que pese a la libertad en su decisión está sometido a algunas reglas. Lo delicado redundo, sin embargo, en que un sinnúmero de jueces fallarán basados en argumentaciones racionales de manera diferente lo atinente a los grados de aproximación a la consumación, por lo tanto la

argumentación no es el criterio falible para la solución de la discrecionalidad judicial en el ámbito del Derecho penal, pero sí es un criterio que confirma la tesis aquí sostenida en el sentido de que el derecho penal se comporta como un organismo y no como un sistema, prevaleciendo la decisión judicial independiente y poniendo en duda mediante el juicio racional, el elemento sobre el cual recae la legitimación del Derecho penal -el pretendido sistema de normas- y en consecuencia, decantando que el Derecho es como se presenta en la realidad de la discrecionalidad judicial, y no como pretendemos que sea.

En general, el hecho de que la ley frente a la imposición de la pena utilice términos como “podrán” -los jueces-, implica y conlleva a adoptar decisiones discrecionales. Es así como para citar varios casos, los artículos 65 numeral 3º y 66 reglas 4ª y 5ª del Código Penal Español, cuando lo emplean dejan espacios y márgenes no de interpretación judicial, esto ha quedado claro en lo escrito anteriormente, sino de discrecionalidad que no pueden ser resueltos a través de juicios racionales porque cada juez en particular elaborará su propia valoración.

Art 65 No 3º, “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado”...Surge entonces una situación todavía más compleja que la anterior, en la medida en que la norma no indica bajo que parámetros los jueces o tribunales “podrán”,

simplemente en éste caso la libertad del juzgador es absoluta de imponer la pena inferior en grado.

El Art 66 regla 4^a, dispone “Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley”. La anterior es otra circunstancia que deja al arbitrio judicial la imposición de la pena cuando se utiliza la expresión con la expresión “podrán”, pues de manera abierta e ilimitada, al igual que el numeral 5^o del mismo artículo, el juzgador podrá imponer la sanción correspondiente.

Así ocurre también en las reglas 6 y 7 del mismo artículo 66, “en la extensión que estimen adecuada –los jueces- en atención a las circunstancias personales del delincuente”, Se trata de una situación que, además de abrir la puerta a la discrecionalidad impone un incuestionable derecho penal de autor. De otro lado la regla 7^a dispone “cuando concurren atenuantes y agravantes las valoraran y compensarán racionalmente para la individualización de la pena”, redacción según la cual en caso de concurrir agravantes y atenuantes en el hecho punible, el juez goza de discrecionalidad a la hora de adoptar su decisión; por supuesto, nada más indeterminado lingüísticamente que controlar bajo los criterios de la razón particular de cada juez, la compensación y valoración de los hechos.

Dicho fenómeno se presenta de igual forma en el numeral segundo del artículo 66, “en los delitos imprudentes los jueces o tribunales aplicaran las penas a su prudente arbitrio” la expresión prudente

arbitrio, como es apenas obvio, refleja el más amplio ámbito de intervención judicial en la aplicación de la pena.

En el caso colombiano, el panorama no es diferente, cuando el legislador abre la puerta al libre arbitrio del juez, como ocurre por ejemplo en el artículo 61 del Código Penal: “FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en

cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

La aparente exactitud en la determinación de la pena en el artículo anterior, decae cuando se incorporan en él criterios de indeterminación como lo son:

la mayor o menor gravedad de la conducta: ello depende del criterio personal del juez y de la manera como fundamente que la conducta es más grave que otra, téngase en cuenta que la revisión sobre atenuantes y agravantes en éste caso ya se realizó, y los criterios de ponderación son otros.

El daño real o potencial creado: De igual forma, dependerá de criterios eminentemente argumentativos el hecho de que el juez, en su decisión manifieste que el daño es mayor o menor, y la potencialidad de los daños a futuro, no son otra cosa que valoraciones extralegales.

La naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, La intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto: Sin más, las anteriores determinantes, adolecen en el caso particular del Derecho Penal, a causas que el juez intrínsecamente determinará como tales, pero teniendo en cuenta que le asiste la obligación de argumentar, en cada caso particular su determinación, de manera racional.

Otro tanto ocurre con el mayor o menor grado de aproximación o de aporte en la tentativa o en la participación respectivamente, exclusivamente el juez tendrá a su cargo a través de juicios de valor la obligación de argumentar cual es el punto exacto para establecer en el caso particular la pena aplicable al sujeto que actúa de manera delictiva.

Con lo anterior, los seguidores de la teoría de la argumentación, aportarán herramientas en favor de una nueva doctrina que fortalecerá el derecho judicial basados en que agotada la norma, el juez penal a base de argumentaciones lógico racionales, -que a partir de ese momento interesan más al lenguaje que al derecho-, proferirá un fallo, que “deba” ser acogido por todos, según las reglas del discurso, de tal forma que ninguno de los litigantes en contienda, tenga duda alguna sobre su contenido. La hermeticidad en la conservación de las reglas del discurso argumentativo entonces, salvaguardará según sus seguidores la correcta emisión de la jurisprudencia.

4.3.5 Las consecuencias de la hermeticidad del discurso lógico racional en las sentencias

El precedente judicial se presenta en éste apartado, como consecuencia lógica de la búsqueda de argumentos sólidos en la producción de jurisprudencia por vía del discurso.

En especial, la influencia del derecho anglo-sajón y las falencias en el texto legal expresadas a lo largo de éste trabajo, la creación de

tribunales constitucionales independientes sobre la base de proteger la norma constitucional por vía de jurisprudencia, han generado un auge en la construcción del derecho contemporáneo por vía de jurisprudencia. Aunque a la jurisprudencia y al tema particular del precedente me referiré en el capítulo siguiente, debo hacer referencia desde ya a que el denominado “sistema de precedente”, no es más que una consecuencia atribuible precisamente al control de la discrecionalidad judicial, a través de la búsqueda insaciable en la unificación de la misma. El derecho penal, no podría escapar a ésta tendencia y como se verá en el siguiente capítulo con consecuencias que van desde la creación de tipos por vía de jurisprudencia hasta los más inexplicables eventos discrecionales que en la práctica demostrarán los efectos de la discrecionalidad, tal como lo he venido advirtiendo, y que a la postre recaen sobre la inconsistencia del sistema, la pretendida ciencia del derecho y la legitimidad del derecho penal mismo.

Así las cosas, en el tercer capítulo demostraré desde la práctica del derecho penal las consecuencias de la discrecionalidad judicial.

4.4 Tercera postura neonaturalista la sintaxis y los intentos de la lógica formal²⁹⁸

Como se vio, el pensamiento formalista tiene su origen entre los siglos XVII y el siglo XVIII con la idea de la codificación del Derecho, partiendo de las teorías empiristas impulsadas por pensadores como Hobbes y Samuel Puffendorf.²⁹⁹ En la misma línea de pensamiento, también puede citarse a, Barbeirac, Burlamaqui³⁰⁰ y Voltaire³⁰¹, el derecho se convierte según éste enfoque en la voluntad de la autoridad suprema.

Como contrapropuesta a la ley consuetudinaria o judicial, se preferirá entonces una ley basada en textos y documentos que llevarán a la codificación de las normas. Así, partiendo de los hechos de la realidad, se crea una cultura del Derecho con apego a formas jurídicas.

Toda regla jurídica se convierte paulatinamente en una proposición o predicación de una cualidad

²⁹⁸ En éste acápite el autor quiere agradecer, profundamente, al profesor ALBERTO LEÓN BERNAL VILLA, Doctor en Filosofía del Derecho, por sus aportes en la construcción del mismo; de igual manera por sus conceptos y por las discusiones propiciadas sobre lógica deóntica y teoría general del derecho.

²⁹⁹ KOSKENNIEMI. KOSKENNIEMI, M.: “*Formalismo, fragmentación y libertad. Temas Kantianos en el derecho internacional actual*”. Revista internacional de pensamiento político, Número 2, 1er Semestre. Revista electrónica de estudios internacionales. Versión española a cargo de Ignacio de la Rasilla del Moral. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2800718.pdf. Fecha de consulta marzo de 2013. Madrid 2007. Pg. 3.

³⁰⁰ SERVANT BEAUVAIS. M.: “*Manual clásico de filosofía escrito en francés*”. Traducido, arreglado y adicionado por José López de Uribe y Osma. Imprenta de Don Ramon Verges. Madrid 1843. Pg. 251

³⁰¹ TARELLO, G.: “*Cultura jurídica y política del derecho*”. Ed. Comares. Granada, 2002. Pg. 46.

Según Leibniz del *Corpus iuris reconcinatum*, pueden derivarse todas las proposiciones jurídicas³⁰². Las proposiciones jurídicas confluyen en un sistema que se ordena desde los axiomas generales y fundamentales a las proposiciones más particulares. La lógica por el contrario tiene límites, Leibniz sugirió un importante conceptualismo que extiende su interpretación a la realidad jurídica, poseedora de cualidades, que conduce a reflexiones sobre ciertos conceptos como el de propiedad, préstamo o herencia.

Así pues, desde ésta postura formalista, la ciencia jurídica positivista significa particularmente que el Derecho puede ser analizado científicamente³⁰³. Como se anotó, en éste sentido es posible inclusive, la aplicación de los principios de Newton y los métodos utilizados por la física, consistentes en la obtención mediante el análisis de las leyes más simples y generales que rigen la naturaleza, las cuales, una vez descubiertas, permiten explicar cualquier fenómeno a través de un método deductivo y sintético³⁰⁴.

Según lo anterior, el formalismo jurídico, excluirá a toda costa las consideraciones de orden valorativo, sin embargo como lo anota Bentham a base de éste ejercicio, se genera una gnoseología diferente identificada como el realismo abstracto, la problemática no es la construcción normativa de unos datos constantes que describen la

³⁰²BERKOWITZ, R.: *"The gift of science: Leibniz and the modern legal tradition"*. Ed. Harvard University Press. EUA 2005. Pg. 11

³⁰³SAVIGNY, K.: *"Sistema del derecho romano actual"*. Ed. Comares. Granada 2005. Pg. 41

³⁰⁴HALEVY, E.: *"Utilitarianism. For and Against"*. Cambridge University. Press. New York 1982. Pg. 24

realidad sino en una racionalidad constructiva, la cual genera normas válidas que son interpretadas de manera Universal

En el pensamiento Germano, la reflexión es idéntica, convirtiendo al positivismo jurídico ahora, en un objeto de reflexión filosófica, así para Kant, la científicidad está vinculada con la sistematicidad, bajo la idea rectora trascendental, que sirve de sistema externo en la construcción de un modelo ideal para la razón pura, en el siglo XIX la concepción histórica del objeto le da una vía novedosa a la concepción iusfilosófica.

Así, como quedó sentado en acápite anterior, el formalismo jurídico, tiene su origen en el iusnaturalismo racionalista, de un orden lógico cerrado que se expresa analíticamente en principios generales y abstractos de los que se deducen lógicamente proposiciones jurídicas, conducirá a la escuela histórica, apartándose de su apriorismo ético a una ciencia jurídica formal constructiva.

De acuerdo con Bobbio, el jurista subsume un hecho en una categoría jurídica con el fin de atribuirle una calificación normativa y ordenarlo según el sistema³⁰⁵, así, el Derecho se convierte en conceptualizador y su carácter científico se deriva del análisis y construcción de una estructura que determina un sistema de conceptos. Si bien para Savigny, la ciencia del Derecho equivalía a ser una ciencia jurídica histórica, la labor del jurista estriba en reducir el derecho a una estructura formal y exponerlo de manera científica.

³⁰⁵ BOBBIO, N.: “*El problema del positivismo jurídico*”. Ed. Fontamara. México 2006. Pg. 32

En éste sentido, Savigny claramente en la “vocación” se expresó en el lenguaje matemático, por ello se refería en términos de triángulos congruentes, y de calcular con conceptos. La exactitud, la pura racionalidad del trato con el círculo y el número, fueron para él obligatorios en tiempos de letrado³⁰⁶. La consecuencia de esta forma de pensar, lo llevo a sostener que el jurista debe calcular con sus conceptos como el matemático calcula con sus números. La jurisprudencia debía convertirse en ciencia del Derecho. Los catedráticos eran calculistas ejemplares, y con ello, al propio tiempo, reveladores de las cifras finales exactas: el derecho exacto, o en términos actuales, respuestas jurídicas correctas.

En el siglo XIX se puede verificar la recepción de la ciencia jurídica alemana en España, y con ello, el debate para todos los hispanohablantes.³⁰⁷ Al tiempo como se anotó, la obra de Kelsen entrará en escena, para defender el pensamiento positivista y así mismo justificar con un enfoque distinto la ciencia del Derecho, pero ahora con una visión científica-positiva. El Derecho inspirado por las obras de Luis Recasens Siches y Luis Legaz y Lacambra representará

³⁰⁶ SAVIGNY. K. “*De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*”. Ed. Heliasta. Buenos Aires 1977. Pg. 43

³⁰⁷ Ésta afirmación puede sustentarse sobre la base de establecer que hasta el año 1930 casi todas las cátedras de Derecho Natural habían sido ocupadas por escolásticos, las otras cátedras de Derecho se encontraron con las tradiciones germanas, principalmente con la escuela de Marburgo. Stammler, a través de la obra de Francisco Rivera Pastor y también de las traducciones del neokantiano Del Veccio en las versiones de Mariano Castaño. En la dirección formalista aparecieron las traducciones de la *Teoría general del estado* de Georg Jellineck y la *Enciclopedia jurídica* de Adolf Merkl, de Wenceslao Roces en 1914. Así mismo, A. Jardón y Cesar Barja, traducen Reus *filosofía del derecho y el derecho natural y positivo*.

una fecunda traducción del pensamiento alemán neokantiano³⁰⁸ en especial de la obra de Hans Kelsen³⁰⁹ y de la fenomenología.

En América Latina, las corrientes analíticas europeas se pueden rastrear a partir de los años cuarenta, en principio inspiradas en la negación del cientificismo, como era de esperarse por el marcado auge del positivismo en dónde se destaca una filosofía no analítica, a diferencia del Derecho norteamericano en dónde ya se trabajaba sobre la base de un positivismo lógico³¹⁰.

En la Argentina sin duda alguna, sobresaldrá para América Latina, la recepción del enfoque analítico, así filósofos como Gregorio Klimovsky y Julio Rey a base de interpretar la obra de Russell en la década del cincuenta, incrementan la actividad analítica sumando la traducción de obras de analíticos destacados como Cohen, Reinchenbach, y Nagel³¹¹. Siendo así, desde la década del 60 en adelante, opera la

³⁰⁸ RECASSENS SICHES. L.: “*Nueva Filosofía de la Técnica Jurídica.*” Coyacan. México 2002. Pg. 9

³⁰⁹ En éste sentido las obras más destacadas de Kelsen son: *Esquema de una teoría del estado* y la *teoría pura del derecho* en 1933, la *Teoría general del estado* de 1934, traducciones de Legaz y Lacambra. Así mismo deben ponerse de manifiesto obras como: *Teoría general del derecho administrativo* de Adolf Merkl; *Introducción a la ciencia del derecho*, traducciones de Recasens Siches de 1930; y *Elementos de la filosofía del derecho* de Gustav Radbruch, traducción de Medina Echavarría. Medina Echavarría traducirá la obra de Max Weber *ECONOMIA Y SOCIEDAD* en 1944. Tierno Galván traduce el *TRACTATUS LOGICO PHILOSOPHICUS* de Ludwig Wittgenstein en 1957, y Diez Picazo a Theodor Viehweg, *TOPICA Y JURISPRUDENCIA* con un estudio preliminar de García de Enterría obras éstas últimas fundamentales para el pensamiento lógico y crítico del Derecho.

³¹⁰ En 1943 en el congreso interamericano de filosofía, las obras más sobresalientes eran *La lógica viva* de Vaz Ferreira y, *Lógica y nociones de teoría del conocimiento* de Francisco Romero y Eugenio Pucciarelli los cuales no se acercan a la lógica matemática. Sin embargo cabe destacar aunque de manera muy pobre a la lógica, obras como: *Elementos de lógica matemática* de Vicente Ferreira Da Silva y *Lógica* de Miro Quesada.

³¹¹ GARCIA, BELAUNDE, D.: “América Latina y los orígenes de la Lógica Jurídica”. En *Revista Derecho PUCP*. Número 50. Lima 1996. Pg. 100

consolidación del esquema analítico. De otra parte, se produce la socialización de trabajos aterrizados en la materia como *Causalidad* de Mario Bunge, *Formas lógicas, realidad y significado* de Thomas Moro y *La filosofía y las matemáticas* de Fernando Salmerón. Con posterioridad, será la década de los setenta la que se caracterizara como de la irradiación directa en América Latina de la corriente analítica, hallando un vasto nivel de publicaciones relativas a la temática, denominando por tanto este periodo como el de la estabilidad de la corriente analítica en Latino América.

En la actualidad en América Latina, sobresalen los juristas argentinos Eugenio Bulygin, y Carlos Alchourron³¹², quienes mantienen la idea de la filosofía analítica. Sus obras son fundamentales actualmente en el mundo jurídico, porque en ellos se cimenta la denominada *escuela analítica de Buenos Aires*³¹³. Al respecto anota Bulygin: “Alchourron fue el principal responsable del cambio de clima filosófico en el Instituto de Filosofía del derecho dirigido por Ambrosio Gioja. El lugar de Kant y Husserl fue ocupado por obras de Wittgenstein, Carnap, Quine y Tarski³¹⁴. Posteriormente, los precursores del positivismo lógico en la Argentina Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin se han dedicado al estudio de Ross, Hart, Kelsen y von Wright, autor éste último sobre el cual estructuran una visión sistemático - deductiva para los sistemas jurídicos.

³¹² Sobre Alchourron deben destacarse sin duda sus obras *Logic of Norms and logic of normative propositions*, que dará lugar tiempo después a la elaboración del prólogo por parte de von Wright al libro maestro *Análisis lógico y derecho*.

³¹³ GUIBOURG. R.: “Una concepción analítica del derecho”. En “*Filosofía del derecho argentina*”. Coordinador: Andrés Botero Bernal. Temis. Bogotá 2008. Pg. 3

³¹⁴ MENDONCA, D.: “*Los derechos en juego*”. Tecnos. Madrid. 2003. Pg. 23

4.4.1 Principia Iuris: Ferrajoli y la lógica formal

Sin duda es de suma importancia éste apartado, dado que una de las obras más importantes en los últimos tiempos en la filosofía del derecho conocida como *principia Iuris* del tratadista italiano L. Ferrajoli bien puede circunscribirse dentro de ésta línea de intentos por la legitimidad, sistematicidad y cientificidad del Derecho, dentro de los sistemas lógicos, con la particularidad de inscribirse en un positivismo basado en la ya utilizada axiomática.

No obstante su carácter de positivismo teórico, este trabajo se circunscribe dentro de las teorías neo-naturalistas, pues si bien su pretensión es de raigambre positivista su base o estructura, al igual que en las demás posturas trae a colación neo-intentos teóricos que ya habían sido utilizados con las mismas pretensiones en el pasado, en éste caso y como quedó sentado atrás con la ya utilizada técnica axiomática del lenguaje. No se pretende resumir ni hacer una crítica acerca de su “metateoría” pero es indispensable su puesta en escena, para corroborar cómo, inclusive en teorías de raigambre positivista a ultranza, también se presentan fisuras a raíz del fenómeno discrecional que aún mas en el Derecho penal generan en especial a sistematicidad e ilegitimidad.

La obra del profesor Italiano en su tercer tomo, sobre la sintaxis del Derecho, desarrolla de manera muy elaborada un intento por construir

un lenguaje formalizado y definido por *vocabulario y reglas*³¹⁵ estipuladas previamente, con la cual pretende la cimentación de expresiones meta teóricas que determinen la estructura sintáctica o la sintaxis (o lógica) del lenguaje teórico del Derecho.

Las reglas a las que hace referencia Ferrajoli en su obra, se dividen en *reglas de formación* las cuales permiten la conformación de tesis primitivas e indemostradas y las *reglas de transformación* mediante las cuales se conforman las tesis no primitivas y demostradas o teoremas.

Esta suerte de reglas, está determinada por la formulación de un lenguaje simbólico y junto a él Ferrajoli acompaña la “interpretación semántica” o lenguaje común³¹⁶. Que como él mismo reconoce, “*ni siquiera tal interpretación, suministrada para cada una de las tesis antes de su enunciación y/o demostración será siempre del todo precisa y rigurosa*”. Lo anterior hace referencia a que el lenguaje común, no es suficiente para la comprensión de su propia lógica axiomatizada, que de contera tiene su propia fuente de interpretación.

Un lenguaje lógico como el pretendido por Ferrajoli en un esfuerzo admirable, pero a los ojos de éste trabajo inerte ante la realidad discrecional del juez penal, parte del concierto general de los lenguajes lógicos. Postura que en el derecho penal inclusive, se evidencia de lo expresado por Beccaria explicado líneas atrás, acerca

³¹⁵ FERRAJOLI. L.: “Principia Iuris...” Ob. Cit. Madrid, 2011. tomo III Pg. 7

³¹⁶ Ibídem tomo III Pg. 8, 9, 10

de la obscuridad en el lenguaje utilizado por el legislador³¹⁷ como “lenguaje común” y posteriormente avizorado por Carrara como “aptitud matemática” y sin duda en el mismo sentido el que asumió la dogmática inspirada por Rudolf von Ihering, en el título y en el ensayo introductorio de la revista que fundó en 1857 *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, para designar un constructo sistémico del conjunto de contenidos jurídicos.

Desde luego, la diferencia con sus antecesores radica en estructurar un lenguaje lógico, que permita mediante un ejercicio mecánico, la respuesta precisa y uniforme ante las situaciones de facto planteadas. A través del lenguaje lógico se formalizan hechos del mundo que nos rodea por ejemplo:

Los hombres comen carne

Las mujeres comen repollo

Los niños toman avena

Así mismo el lenguaje lógico permite la construcción de reglas, restricciones y normas por ejemplo:

“Los humanos comen carne si son hombres y no son mujeres”

“los niños no deben comer carne”

Haciendo uso de las herramientas anteriores, es decir tomando la construcción pre-ordenada de hechos y reglas formalizadas dentro del

³¹⁷ Se hace alusión a Beccaria no como teórico deóntico, sino como impulsor de la idea de la consagración de un “Lenguaje común”

mismo metalenguaje, se pueden plantear hipótesis, incógnitas o preguntas por ejemplo:

Maria que es mujer ¿come carne?

Javier que tiene 10 años ¿come repollo?

Es más, gracias al constructo lógico el sistema permite resolver las incógnitas, hipótesis o preguntas

Maria NO come carne

Javier NO come repollo

Obviamente si a cada premisa o enunciado se le otorga un valor simbólico se habrá generado con tiempo y dedicación un metalenguaje sintáctico, a partir de expresiones meta- teóricas sobre los hábitos alimenticios de los seres humanos, que pueden ser clasificados de muchas formas y enumerados según conveniencia.

A éste modelo en el derecho penal han de hacérsele algunos reparos, en especial cuando se enfrentan las ya explicadas en el capítulo anterior: *antinomias y lagunas*

En primer lugar los hechos que han de ser formalizados para luego someterlos al “ordenador” axiomático, no son diferentes de lo que ampliamente explicó Hart en su “concepto de derecho” y denominó como la *regla de reconocimiento* éste imperativo producto del positivismo y obediente al transcurso social, decaerá sin lugar a dudas

en el contexto político para su adecuación en un postulado denominado *regla*, al estilo hartiano, que debe ser formulada democráticamente al sentir de la democracia participativa en un Estado de Derecho porque de lo contrario el axioma decantaría en “demagogia”, “ilegitimidad” y “arbitrariedad.” Así las cosas, es posible que las reglas entren en contradicción, generando antinomias o en su defecto se fisuren con lagunas incontestables, lo que a la postre decantará en la misma figura señalada a lo largo de éstas líneas, esto es: la discrecionalidad del juez, que en materia penal irrestrictamente dará solución en pro de la defensa de la política criminal del Estado.

En segundo lugar desde el aspecto metodológico y en especial sistémico- científico, vale la pena realizar un símil entre la obra del profesor italiano con la obra del físico y matemático inglés Isaac Newton, la misma en principio pareciera carecer de sentido, sin embargo vale la pena hacerlo para observar que la propuesta de Ferrajoli guarda algunas relaciones con la del inglés, en especial desde el punto de vista científico y desde la comprensión de lo que es un sistema en un concepto metodológico. Así mismo, ambos teóricos se pueden relacionar en cuanto a algunas variables que en su momento no consideraron dentro de sus tesis y que con posterioridad son develadas omisiones que en ambas teorías guardan una estrecha relación.

La “Principia Matemática” escrita por Isaac Newton³¹⁸ en 1686, es una obra, mediante la cual su autor, demostró los principios que rigen

³¹⁸ Sobre el particular véase la obra de: I. Bernard Cohen, *La revolución newtoniana*, Madrid, Alianza, 1983

el movimiento a través de tres leyes a saber: La inercia; la interacción y fuerza; y, la de acción y reacción. Con su trabajo, Newton logró establecer en lo que hoy se conoce como la física clásica, el principio del movimiento universal.³¹⁹

Desde el punto de vista metodológico, el físico inglés parte de la definición de los diferentes elementos que integran el movimiento; describiendo así, la masa, la fuerza, la aceleración, la gravedad, etc., las cuales se constituyen en variables que posteriormente le permiten jugar mediante un método específico -la matemática-, el juego de las demostraciones. Sin embargo, frente a la precisión y exactitud delineadas con profunda brillantez por Newton, a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, se erigiría la figura del físico austriaco Albert Einstein, quien pondría en duda ésta precisión y exactitud con la demostración de que las relaciones espacio-tiempo: “son relativas” a través de su “teoría de la relatividad especial”. En efecto, en un artículo publicado en 1905 “*Zur Elektrodynamik bewegter Körper*”³²⁰ Einstein logró demostrar entre otros, que el observador del espacio-tiempo, es quien atribuye a un determinado cuerpo en movimiento o en reposo, su verdadera longitud, debido a que los cuerpos en movimiento tienen una longitud más corta que aquellos que se encuentren en reposo.

³¹⁹ Una clara interpretación sobre las leyes de Newton se puede estudiar en la obra de: Paolo Casini, *El universo máquina. Orígenes de la filosofía newtoniana*, Barcelona, Ed. Martínez Roca, 1971

³²⁰ Disponible en http://www.pro-physik.de/Phy/pdfs/ger_890_921.pdf. Fecha de consulta enero de 2010

La relación con la teoría axiomatizada del autor de Principia iuris de acuerdo con lo anterior, se explica afirmando que Ferrajoli, parte de la definición de una serie de axiomas jurídicos a los que pretende dar un valor de inmutabilidad como si se tratara de objetos como la masa, la velocidad, el peso, o la fuerza. Variables que le permiten jugar con su método -en éste caso la sintaxis-, el juego de las demostraciones; así, a partir del lenguaje lógico, debería llegar a presupuestos inequívocos y universales, es decir, que la metodología utilizada por Newton y por Ferrajoli es la misma, lo que varía es su método.

Ahora bien, desde las fisuras en sus teorías, resulta curioso pero evidente, que si para Einstein el observador modifica las condiciones del movimiento explicado por Newton, en las tesis sintácticas de Ferrajoli, lo que conlleva a la duda en sus aseveraciones, es de igual forma el observador, que en el caso del Derecho se llama “juez”, y que en los espacios de Discrecionalidad, es quien dará la longitud o extensión a los supuestos axiomatizados por el autor italiano. En efecto, el fenómeno se presenta, en consideración a que mientras Newton y Einstein trabajan con variables que son manipuladas conscientemente y que operan bajo las mismas condiciones de manera universal como la velocidad, la fuerza y la masa, el Derecho trabaja con variables que no pueden ser manipuladas discrecionalmente, sino que en determinados espacios y lugares operan al son de la interpretación individual del sujeto que las aplica.

Desde el punto de vista teórico, la aplicación de una determinada cantidad de fuerza sobre un objeto, se mide cuantitativamente, esto

implica numérica y unívocamente qué entendemos universalmente por el término fuerza; la relatividad emerge dependiendo del lugar en que se encuentre el observador, y la dimensión del cuerpo que se desplaza será medible junto a la fuerza, la masa y la postura del observador. El término jurídico “obligación” se “mide” cualitativamente y su significado depende intrínsecamente de la multiplicidad de hechos, pruebas e inclusive de prejuicios del juez-observador. Así las cosas, sin pretender demeritar ni mucho menos el portentoso trabajo del profesor italiano, se puede demostrar, que así como la relatividad especial afecta la obra de Newton, la discrecionalidad relativiza la axiomática de Ferrajoli, afectando en gran medida la obra del profesor italiano que en los términos de su propuesta aún no ha sido resuelta.

Finalmente en tercer lugar, los lenguajes lógicos tienen un tiempo de perdurabilidad, como lo demuestran numerosas líneas de montaje de programación de manera secuencial en el mundo de la programación computacional. Resulta curioso pero sin lugar a dudas pertinente hacer en éste acápite mención al primer lenguaje lógico conocido, que desde la ingeniería trató de resolver problemas con diferentes variables el cual se denominó *Ada Lovelace* en honor a Augusta Ada King, Condesa de Lovelace.³²¹ Desde 1852 hasta nuestros días,

³²¹ Londres, 10 de diciembre de 1815 - Londres, 27 de noviembre de 1852, conocida como Ada Lovelace, fue una matemática y escritora británica conocida principalmente por su trabajo sobre la máquina calculadora mecánica de uso general de Charles Babbage, la Máquina analítica. Entre sus notas sobre la máquina se encuentra lo que se reconoce hoy como el primer algoritmo destinado a ser procesado por una máquina. Como consecuencia, se la describe a menudo como la primera programadora de ordenadores. Tomado de: http://es.wikipedia.org/wiki/Ada_Lovelace, fecha de consulta diciembre 13 de 2013.

¿Cuántos lenguajes lógicos han perdido vigencia año tras año e inclusive mes a mes?

Significa lo anterior que los lenguajes lógicos no escapan a la posibilidad de que sea el juez discrecionalmente, quien en aquellos espacios de indeterminación del Derecho, cuando los axiomas sean incompatibles temporo- espacialmente con la realidad o cuando la política general del Estado hincque sus colmillos en las reglas, quien complemente lo dejado de axiomatizar o escoja a su criterio la regla sobre la cual -en caso de contradicción-, se deba fallar una realidad prescrita. Confía, sin duda Ferrajoli en un juez “virtuoso” que complemente el Derecho a su discreción, virtud de la que se dará buena cuenta en el capítulo siguiente.

4.5 Cuarta postura neonaturalista la ética como principio legitimante del derecho

4.5.1 El abandono del positivismo en el derecho penal

Los esfuerzos del denominado neonaturalismo por dejar atrás la raigambre positivista convirtiendo al juez penal en algo más que el vocero de la ley, parten de las imperfecciones del sistema de normas. La lucha por la completitud del Derecho y la interpretación judicial abren la puerta a nuevos horizontes de aplicación y legitimidad del mismo. Por ello puede decirse que las neoteorías basadas en criterios morales y argumentativos, no aportan una solución sino un cambio de paradigma instalando el problema de la adjudicación de normas en

otro lugar. Sobre ellos al igual que en el positivismo, se presenta el fenómeno que en líneas anteriores se ha denominado la superposición en el Derecho.

4.5.2 Las tesis éticas del neo-naturalismo

Al igual que los principios y la moral esgrimidos por Dworkin y la teoría de la argumentación de Alexy, la ética como fuente legitimadora en contra del positivismo, se forma a partir de momentos históricos, en el capítulo siguiente, se pondrá específicamente de manifiesto una vez analizadas las consecuencias prácticas de la discrecionalidad judicial en el ámbito del Derecho penal, como una de las corrientes más preponderantes del neonaturalismo y que más ha generado controversia, constituye una luz que permite al juez penal moverse en el espacio de la realidad y la norma. A tal efecto, se hará referencia, a la manera como la discrecionalidad debe vincularse al Derecho penal, desde la ética, pero no entendida en su dimensión general, sino entendiendo la discrecionalidad como un valor ético judicial.

CAPITULO TERCERO

La discrecionalidad judicial en materia penal por vía de jurisprudencia

1. La Constitucionalización del Derecho penal

1.1 El precedente judicial

En el mundo contemporáneo del Derecho, las cosas han cambiado, en especial en la consideración de lo que debe entenderse por la decisión jurídica, como ha quedado sentado en los capítulos anteriores, la actividad judicial en el Derecho a lo largo de la historia ha ido *en creciendo*.

Como fuente del Derecho, la jurisprudencia pasó de estar en un segundo plano para ocupar un lugar esencial dentro de la estructura del Derecho y del Estado.

A mediados del siglo pasado y con eventos como la Segunda Guerra Mundial, el mundo del Derecho volteó su mirada hacia la importancia que podría representar la jurisprudencia en la salvaguarda de los principios constitucionales, pero ésta salvaguarda lejos de estar de acuerdo con procesos legislativos, lo ha estado con propuestas judiciales.

Para demostrar las consecuencias presentadas en el capítulo anterior se utilizarán en especial los casos suscitados en la jurisprudencia colombiana, a partir de la propuesta constitucional de 1991 a la luz de la cual las decisiones de los jueces mediante un sistema de precedente confirman la incidencia del derecho de los jueces en el derecho penal.

1.2 La creación del tribunal constitucional en Colombia

Un hito en la historia ha marcado el precedente judicial en los sistemas de corte romano, pues sobre su base las decisiones discrecionales y su justificación por vía constitucional, han tomado un gran auge en especial en los sistemas latino americanos. En el caso especial de Colombia, a partir de la constitución de 1991 por medio de la cual se creó la Corte Constitucional como tribunal máximo de la justicia Constitucional, la sustentación de las decisiones de todo tipo de jueces sobre la base de la jurisprudencia, inclusive de la corte suprema de justicia, los tribunales de distrito y los jueces unipersonales se convirtió casi que en el requisito *sine qua non* de toda decisión judicial.

No vale la pena hacer un recuento histórico político de cómo se asumió el precedente judicial en Colombia³²² y todo el tortuoso camino de su debate, lo que es importante es establecer el estado actual de la cuestión y su fundamento teórico en el ordenamiento jurídico colombiano.

³²² Sobre el particular puede consultarse la obra de LOPEZ MEDINA, D.: *“El Derecho de los Jueces”* Ed. Legis. Universidad de los Andes. Bogotá, sexta reimpresión. 2008

El artículo 230 de la constitución política colombiana expresa que: “*Los jueces, en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial,*” como es apenas obvio, éste artículo es analizado por diferentes juristas, que dentro de una interpretación exegética, encuentran que la jurisprudencia es criterio auxiliar, mientras que para otros en una interpretación sistemática, el término “Imperio de la Ley”, recoge todo el conglomerado jurídico incluyendo la jurisprudencia, ésta última, encierra algo más que un simple criterio auxiliar. Lo anterior no ofrecería mayor inconveniente sin los artículos 241 de la Constitución Política colombiana que refiere “... *a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...*”, y el artículo 4 del mismo articulado que vincula en el ordenamiento jurídico a la Constitución “*como norma de normas*”.

El problema entonces está en establecer si la fuerza vinculante de la sentencia de constitucionalidad es de igual o mayor alcance al de la ley. Conforme a lo anterior la Corte Constitucional ha dicho: "Sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se

considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ellas."³²³ Reafirmando lo anterior en sentencia de unificación³²⁴ donde se manifestó que: "Todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres

³²³ Sentencias C-037 de 1996 y C-131 de 1993

³²⁴ Sentencia SU 047 DE 1999

análogos”. Y más adelante en la misma sentencia, “... Si bien las altas corporaciones judiciales, y en especial la Corte Constitucional, deben en principio ser consistentes con sus decisiones pasadas, lo cierto es que, bajo especiales circunstancias, es posible que se aparten de ellas. Como es natural, por razones elementales de igualdad y seguridad jurídica, el sistema de fuentes y la distinta jerarquía de los tribunales implican que estos ajustes y variaciones de una doctrina vinculante sólo pueden ser llevados a cabo por la propia corporación judicial que la formuló. Por tal razón, y debido al especial papel de la Corte Constitucional, como intérprete auténtico de la Carta y guardiana de su integridad y supremacía, corresponde a esa Corporación, y sólo a ella, modificar las doctrinas constitucionales vinculantes que haya desarrollado en sus distintos fallos”

Con lo anterior, no hay lugar a dudas de que los fallos producidos por los jueces de la Corte Constitucional tienen tal fuerza vinculante, que inclusive en ocasiones son óbice para preferir al ordenamiento legal, puesto que de su interpretación como lo veremos, depende su aplicabilidad.

1.3 El precedente judicial en materia penal

La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional en materia penal en Colombia, llevan consigo innumerables casos de discrecionalidad, allí donde la interpretación de la ley es amplia o dónde el texto legal no alcanza a cubrir mediante hipótesis la ocurrencia de los hechos, puede demostrarse lo que en éste trabajo

he pretendido, en especial la duda sobre la legitimidad del derecho penal, decantada de un supuesto sistema y de una cientificidad oscilante como consecuencias del juicio discrecional.

Un primer cuestionamiento que recae sobre la discrecionalidad de la Corte Constitucional en materia penal, es si ella está facultada para aumentar, disminuir o interpretar los términos del bien jurídico que en la ley penal³²⁵ se pretende proteger, puesto que en caso de hacerlo, afectaría directamente el tipo, su naturaleza y por ende toda su estructura. Otro cuestionamiento no menos importante, es establecer si cuando la Corte Cambia su criterio en materia penal sobre la interpretación de la norma, ello lleva a una afectación grave del tipo penal, de igual forma desnaturalizando su estructura.

A continuación, se muestran algunos ejemplos en los cuales se constata cómo incide la actividad discrecional en las decisiones de la Corte Constitucional colombiana y en algunos tribunales más.

2. Discrecionalidad de las altas cortes por vía de completitud y ambigüedad de la ley Penal

Como quedó sentado en el capítulo primero, uno de los fenómenos que produce juicios discrecionales, es la falta de completitud y la ambigüedad de la ley penal, por ello cabe preguntarse ¿cuando la ley penal no consagra en concreto el bien jurídico a proteger, puede el juzgador definir sus límites? Éste cuestionamiento y su demostración

³²⁵ Sin recaer en casos de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de defecto.

práctica en éste acápite genera como ya se ha dicho, problemas de ilegitimidad, éste fenómeno se expuso teóricamente en el capítulo precedente y ahora corresponde demostrarlo en la práctica.

Antes de empezar con el análisis en cuestión vale la pena aclarar que en Colombia el máximo tribunal de la justicia constitucional –Corte Constitucional- expresa sus decisiones a través de tres mecanismos: Las sentencias de Constitucionalidad “C” mediante las cuales resuelve demandas impetradas por los ciudadanos en contra de preceptos legales por considerarlos contrarios a la norma constitucional; las sentencias de Tutela “T”, mediante las cuales resuelve la acción constitucional de tutela consagrada en la carta política en el artículo 86; y finalmente las sentencias de Unificación “SU”, mediante las que se propende por la Unificación de la jurisprudencia constitucional de ésta corporación.

Aclarado lo anterior debe mostrarse la limitación sufrida por el concepto de bien jurídico por vía de jurisprudencia y la exacerbación de funciones judiciales con ocasión de la discrecionalidad a través de los siguientes estudios de casos concretos.

2.1 Primer Estudio de Caso: Sobre Completitud

En la sentencia C-311 de 2002, se debate la inconstitucionalidad de “aportes” del artículo 257 de la ley 599³²⁶ del 2000 que tiene el siguiente texto:

“Del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones. El que acceda o use el servicio de telefonía móvil celular u otro servicio de comunicaciones mediante copia o reproducción no autorizada por la autoridad competente, de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, derivaciones, o uso de líneas de telefonía pública básica conmutada local, local extendida o de larga distancia no autorizadas, o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.(subraya fuera de texto)

La pena anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad, para quien hubiese explotado comercialmente por sí o por interpuesta persona, dicho acceso, uso o prestación de servicios de telecomunicaciones no autorizados.

Igual aumento de pena sufrirá quien facilite a terceras personas el acceso, uso ilegítimo o prestación no autorizada del servicio de que trata este artículo”.

³²⁶ Actual código penal colombiano

Refiere la sentencia en examen que... *“El demandante considera que los apartes subrayados del artículo 257 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal, vulneran lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política*³²⁷.

Para el actor, dada la similitud existente entre el texto del artículo 257 de la Ley 599 de 2000 y el artículo 6º de la Ley 422 de 1998³²⁸, el cual fue declarado parcialmente inexecutable por la misma Corte mediante la sentencia C-739 de 2000, estima que los apartes reproducidos por

³²⁷ El artículo 29 de la constitución política de Colombia refiere que: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

³²⁸ El citado artículo refería: *“Del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones. El que acceda o use el servicio de telefonía móvil celular u otro servicio de comunicaciones mediante copia o reproducción no autorizada por la autoridad competente de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, derivaciones, o uso de líneas de telefonía pública básica conmutada local, local extendida o de larga distancia no autorizadas, o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

La pena anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad, para quien hubiese explotado comercialmente por sí o por interpuesta persona, dicho acceso, uso o prestación de servicios de telecomunicaciones no autorizados.

Igual aumento de pena sufrirá quien facilite a terceras personas el acceso, uso ilegítimo o prestación no autorizada del servicio de que trata este artículo”.

el artículo demandado deben ser declarados inexecutable en el presente proceso de inconstitucionalidad.

“... Afirma el actor que las pequeñas modificaciones introducidas en el artículo 257 del nuevo Código Penal, no desvirtúan las deficiencias de ambigüedad, falta de precisión e inexactitud señaladas por la Corte en la sentencia C-739 de 2000 y, por lo tanto, es necesario declarar la inexecutable de las expresiones "u otro servicio de comunicaciones", "o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizado", contenidas en el inciso primero del artículo 257 y en los incisos 2 y 3 del mismo.

Así mismo, señala el actor que la norma cuestionada establece "penas de prisión y multas para servicios difíciles de precisar, prestadas por un sector económico con demasiadas normas inorgánicas", con lo cual se configura "una legislación ambigua, sin precisión ni exactitud jurídica" que desconocen el principio de tipicidad y de legalidad consagrados en el artículo 29 de la Carta.

Finalmente, resalta el actor que los rápidos avances tecnológicos que se producen constantemente en el mundo de las telecomunicaciones "no ofrecen garantía técnica suficiente para evitar que personas naturales o jurídicas tengan acceso a ellas sin autorización, motivadas por diferentes razones: (i) mala fe comercial, (ii) simple curiosidad, (iii) investigación científica; (iv) desconocimiento jurídico del mundo de las telecomunicaciones".

Básicamente se plantean dos problemas jurídicos a saber: de un lado, la extensión o ámbito de protección del tipo penal frente a la ambigüedad de su contenido en la ley, lo que resulta violatorio para el demandante del principio de legalidad constitucionalmente establecido en el art 29. Y de otro, la cosa juzgada material, dado que la corte Constitucional en sentencia previa había declarado la inconstitucionalidad fragmentada de un artículo semejante, dispuesto en ley anterior.

En la sentencia C-739 de 2000, la Corte declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 6 de la Ley 422 de 1998, por considerar que las conductas descritas en la norma no estaban bien precisadas y, por lo tanto, dada su ambigüedad, generaban confusión tanto en el ciudadano destinatario de la norma como en el intérprete. En consecuencia, varios apartes de la norma fueron declarados inexequibles por atentar contra los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica.

Con base en esas consideraciones, la Corte resolvió lo siguiente en sentencia C-739 de 2000:

“DECLARAR EXEQUIBLE el artículo 6º de la Ley 422 de 1998, salvo los segmentos “u otro servicio de telecomunicaciones”, “o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados” de su primer inciso, que se declaran inexequibles.

Así mismo se declaran inexecutable el inciso segundo y el inciso tercero de este artículo que dicen así:

"La pena anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad, para quien hubiese explotado comercialmente por sí o por interpuesta persona, dicho acceso, uso o prestación de servicios de telecomunicaciones no autorizados".

"Igual aumento de pena sufrirá quien facilite a terceras personas el acceso, uso ilegítimo o prestación no autorizada del servicio de que trata este artículo".

Como quiera que interesa establecer la manera como el juzgador puede delimitar el bien jurídico consagrado en la ley penal por falta de completitud o ambigüedad de la ley, no es menester –en principio– entrar a discutir si los términos utilizados por la norma son ambiguos o no, lo importante es observar cómo resuelve la Corte Constitucional los dos problemas jurídicos a saber mediante la sentencia en estudio dice en efecto:

"En mérito de lo expuesto... "Primero.- Estarse a lo resuelto en la sentencia C-739 de 2000 y en consecuencia, DECLARAR INEXECQUIBLES las expresiones "u otro servicio de comunicaciones", "o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados" contenidas en el primer inciso del artículo 257 de la Ley 599 de

2000 y los incisos segundo y tercero del artículo 257 de la Ley 599 de 2000 que dicen así:

"La pena anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad, para quien hubiese explotado comercialmente por sí o por interpuesta persona, dicho acceso, uso o prestación de servicios de telecomunicaciones no autorizados.

"Igual aumento de pena sufrirá quien facilite a terceras personas el acceso, uso ilegítimo o prestación no autorizada del servicio de que trata este artículo."

Segundo.- Estarse a lo resuelto en la sentencia C-739 de 2000 y, en consecuencia, declarar EXEQUIBLE la expresión "o uso de líneas de telefonía pública básica conmutada local, local extendida o de larga distancia no autorizadas", contenida en el inciso primero del artículo 257 de la Ley 599 de 2000, en relación con los cargos de la presente demanda".

Según lo anterior, una vez que el juzgador desde su discrecionalidad ha establecido lo que ha de retirarse de la norma por ambigüedad, el texto sería el siguiente:

Artículo 257. Del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones. El que acceda o use el servicio de telefonía móvil celular mediante copia o reproducción no autorizada por la autoridad competente de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, derivaciones, o uso de líneas de telefonía pública

básica conmutada local, local extendida o de larga distancia no autorizadas, , incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Dejando sin fuerza de ley las expresiones: “*u otro servicio de comunicaciones*”; y, “*o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados*” y los dos incisos siguientes.

Obviamente la Corte Constitucional para la declaratoria de inconstitucionalidad, tuvo que encontrar fundados los argumentos del demandante de la norma, de tal forma que consideró que el tipo penal debía ser modificado por la violación del principio constitucional de legalidad consagrado en el artículo 29. Así las cosas la ambigüedad del supuesto de hecho de la norma es óbice para que el alto tribunal, discrecionalmente limite el bien jurídico tutelado en el respectivo tipo penal. De igual forma en cuanto a la cosa juzgada constitucional, ordena estarse a lo dispuesto en sentencia anterior que declaró la inconstitucionalidad de una norma precedente, la cual contenía una descripción típica con una redacción similar a la del tipo penal ahora en cuestión, esto implica que la fuerza vinculante de la sentencia de inconstitucionalidad no solo es suficiente para la modificación del tipo, sino que el precedente judicial tiene la fuerza suficiente para ser preferido frente al precepto legal.

Por tanto, la cabe concluir que la Corte invade discrecionalmente y sin lugar a dudas el terreno del legislador, con motivo de la ambigüedad de la ley.

2.2 Segundo Estudio de Caso: Sobre Completitud

En la sentencia C-355/06 referente al delito de aborto en Colombia, se presentó un interesante debate en el que participaron innumerables sectores de la sociedad civil. Como lo relata la sentencia, fundaciones, Iglesias, particulares, dependencias públicas etc., intervinieron, pero la discusión se zanjó entre dos posiciones: de un lado la oposición a cualquier forma de aborto y de otro la posibilidad de su “despenalización” en casos especiales.

De igual forma en el proceso de inconstitucionalidad se planteó el tema de la cosa juzgada material, habida cuenta de la preexistencia de jurisprudencia abundante sobre el particular. El problema jurídico en ésta sentencia, se finca en establecer si los tipos penales están completos o deben incorporarse por vía de jurisprudencia algunos elementos a ellos, que permitan su excepcionalidad; además, de igual forma que en la sentencia analizada en el caso anterior, debe estudiarse si la existencia de fallos anteriores afecta o no la actividad de la Corte Constitucional.

La sentencia en concreto define los hechos así:

“Los ciudadanos Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana solicitan, en distintas demandas, la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral 7 del artículo 32, de los artículos 122, 124, y de la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”.

Consideran los demandantes que las disposiciones acusadas vulneran los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la dignidad (Preámbulo y artículo 1º de la C. P.), el derecho a la vida (art. 11 de la C. P.), el derecho a la integridad personal (art. 12 de la C. P.), el derecho a la igualdad y el derecho general de libertad (art. 13 de la C. P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C. P.), la autonomía reproductiva (art. 42 de la C. P.), el derecho a la salud (art. 49 de la C. P.) y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 de la C. P.).

“En primer lugar, los actores sostienen que sus demandas son procedentes pues no se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada formal ni material respecto de las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-641 de 2001 y C-198 de 2002. Luego esgrimen sus argumentos en contra de las disposiciones acusadas, los cuales fueron consignados de manera extensa en los acápites precedentes de la presente decisión, sin embargo, con el objeto de fijar los términos del debate constitucional

planteado se hará una breve referencia a ellos, al igual que las posturas de los intervinientes y al concepto del Procurador.

En general las razones formuladas por los demandantes giran en torno a que los enunciados normativos del Código Penal que tipifican el delito de aborto (Art. 122), de aborto sin consentimiento (art. 123) y las circunstancias de atenuación punitiva del delito de aborto (art. 124) son inexecutable porque limitan de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años. Afirman también que los enunciados normativos demandados son contrarios a diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la C. P., y a opiniones emitidas por los organismos encargados de interpretar y aplicar dichos instrumentos internacionales. Y, de manera particular, el cargo relacionado con el numeral séptimo del artículo 32 del mismo Código Penal, gira en torno a que el estado de necesidad regulado por esta norma vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino “y por tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad”.

El texto de las normas acusadas es el siguiente:

“ART. 32.—Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. (...)

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”.

(...)

“ART. 122.—Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

ART. 123.—Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

ART. 124.—Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PAR.—En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto”.

En éste caso la problemática está en la completitud del texto legal. Los demandantes consideraban que la regulación era insuficiente porque no contemplaba lo que a su criterio debería contener el texto legal y entendieron que era necesario acudir al órgano judicial para que completara la norma; aunque lo anterior pareciera extraño entratándose del órgano judicial, es exactamente lo que éste va a hacer en la parte resolutive de la sentencia, pues va a completar la norma incorporando elementos no contenidos en ella generando excepciones que el legislador no previó.

La decisión en éste caso es la siguiente:

“En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. Negar las solicitudes de nulidad de conformidad con lo expuesto en el punto 2.3. de la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia.

Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo

se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto.

Cuarto. Declarar INEXEQUIBLE la expresión "...o en mujer menor de catorce años ..." contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Quinto. Declarar INEXEQUIBLE el artículo 124 de la Ley 599 de 2000".

Por la vía de la acción de inconstitucionalidad se generaron tres excepciones al delito de aborto que el legislador no había contemplado y que el juzgador de forma discrecional y por medio de jurisprudencia constitucional crea. Considera la Corte Constitucional que el legislador debió limitar entonces la norma penal y así mismo el bien jurídico a tutelar. En una interpretación amplia, se extrapola el poder de la decisión judicial y la consecuencia es que la máxima autoridad de la justicia constitucional, legisla rompiendo toda la estructura del pretendido Estado de Derecho y como es apenas obvio dejando en tela de juicio lo que el Derecho penal considera un sistema de

normas³²⁹. De ésta decisión se infiere la prueba contundente de la asistematicidad entre un Derecho Penal Constitucional, la jurisprudencia como norma y la ley penal.

En cuanto al problema de la cosa juzgada material, nótese como éste fallo difiere absolutamente del anterior al resolver la solicitud en los siguientes términos:

“COSA JUZGADA MATERIAL-No configuración...() La identidad entre un enunciado o un contenido normativo declarado previamente exequible y otro reproducido en un nuevo cuerpo normativo, no puede ser el argumento concluyente para negarse a examinar el nuevo precepto por haberse producido la cosa juzgada material, pues dicha figura –entendida como al obligación de estarse a lo resuelto en un pronunciamiento anterior- está supeditada a la concurrencia de los elementos que ha enunciado la jurisprudencia a partir del artículo 243 de la Constitución. Ahora bien, en este caso concreto si bien los artículos 343 del Decreto 200 de 1980 y 122 de la Ley 599 de 2000 tienen un contenido similar difieren en cuanto a la pena establecida para el delito de aborto. Cabe recordar, que mediante la Ley 890 de 2004, artículo 14, a partir del primero de enero de 2005 se aumentó la pena para

³²⁹ Sea necesaria o no la incorporación de ésta suerte de excepciones en la ley penal a base de discurrir sobre los derechos que se pretenden proteger, el modelo de Estado de Derecho Constitucional, los principios rectores del ordenamiento jurídico penal y en general toda la estructura dogmática de la norma penal, se ve afectada a raíz de una decisión judicial profundamente discrecional. No se toma partido acerca de la excepción o que debiera estar contenida en la norma, lo que se establece es la búsqueda de completitud del tipo y la extensión del bien jurídico por vía de jurisprudencia.

el delito de aborto, por lo tanto no son enunciados normativos idénticos. Adicionalmente, se trata de dos disposiciones contenidas en contextos normativos diferentes pues se trata de dos códigos penales expedidos con casi veinte años de diferencia y que obedecen a una orientación penal diferente”.

3. Discrecionalidad de las altas cortes por vía de interpretación y algunas variables.

Los siguientes casos prácticos de discrecionalidad judicial en el ámbito del Derecho penal, muestran cómo las altas cortes colombianas, por vía de interpretación de la norma, luego de optar por una decisión discrecional, en el curso de otra decisión discrecional, entran en aparente contradicción con sus propias argumentaciones.

3.1 Primer estudio de Caso: Sobre interpretación

Ante el despliegue de poder manifiesto en la jurisprudencia constitucional en materia penal, vale la pena preguntarse ahora, si el desconocimiento del texto jurisprudencial es óbice o no para que el funcionario incurra en el delito de prevaricato ante su desconocimiento. Si las prevaricaciones consisten en el desconocimiento o aplicación abiertamente contraria al precepto legal, cabe preguntarse qué ocurre si la jurisprudencia amplía el tipo y el rango de protección del bien jurídico con base en la protección de principios constitucionales y el funcionario judicial lo desconoce, o no lo aplica. El caso ha sido tratado también por la Corte Constitucional

con una decisión que resulta discrecional y además profundamente ambigua.

En la demanda de inconstitucionalidad presentada por los accionantes, se presentan dos problemas jurídicos a saber, de un lado el hecho de establecer si la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional es tal, que permita concluir que el funcionario judicial puede estar inmerso en un delito de prevaricato ante el desconocimiento del precedente produciendo el resquebrajamiento de la Dogmática jurídico penal; y en segundo lugar, qué tipo de jurisprudencia podría resultar tan especialmente vinculante.

El caso resuelto mediante sentencia C-335/08 es el siguiente: Algunos ciudadanos en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, reclaman la inexecutable del artículo 413 de la Ley 599 de 2000, por considerar que viola el Preámbulo y los artículos 2, 4, 93, 95 y 122 constitucionales, al igual que el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De igual manera, otro grupo de ciudadanos a su vez, demandaron igualmente la totalidad del artículo 413 de la Ley 599 de 2000, por estimar que vulnera el Preámbulo constitucional, los artículos 2, 4, 121, 122, 123, 228 y 230 Superiores, los artículos 1º y 153 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como los artículos 10 y 13 de la Ley 599 de 2000.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en sesión llevada a cabo el día cinco de septiembre de 2007, resolvió acumular ambos procesos

radicados con los números de expediente D- 6943 y D- 6943; en consecuencia, se tramitaron y decidieron conjuntamente.

La norma del Código Penal colombiano demandada por su inconstitucionalidad es la siguiente:

“Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”

Los hechos de la demanda se pueden resumir así: En lo que concierne al concepto de la violación, argumentan los ciudadanos que la modificación que operó la Constitución de 1991 en el modelo de Estado, se tradujo, a su vez, en una transformación del sistema de fuentes del derecho aplicable en Colombia, el cual abarca el bloque de constitucionalidad en sentidos lato y stricto.

Agregan que para asegurar *“un óptimo funcionamiento del sistema jurídico se establezcan criterios uniformes de interpretación y aplicación del derecho y de allí el requerimiento porque las reglas jurisprudenciales que fija el supremo intérprete de la Constitución también sean observadas por los operadores jurídicos”*.

Desde esta perspectiva, explican los demandantes que:

“La ley ha dejado de ser el límite en la adopción, por parte de los servidores públicos, de las resoluciones, dictámenes o conceptos que en cumplimiento de sus funciones deben proferir. En otras palabras, el control de este tipo de actos ya no tiene como parámetro exclusivo la ley sino que dada la fuerza normativa de la Constitución y aquella de la jurisprudencia constitucional, reconocida como fuente formal del derecho, como de la jurisprudencia (doctrina probable), el ámbito de control se ha ampliado y esto se ha justificado en la garantía de la efectividad del derecho a la igualdad, la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima”.

A renglón seguido, los ciudadanos traen a colación ejemplos en los cuales los jueces habrían prevaricado por violar los precedentes sentados por la Corte Constitucional, en materias tales como medicamentos excluidos del POS³³⁰, habeas data y seguridad social. En todas estas situaciones, el funcionario judicial profiere una decisión contraria a la Constitución, y a pesar de ello no comete prevaricato por acción.

Explican, según refiere la jurisprudencia en estudio, que dentro de las consecuencias de la incorporación del Estado social de derecho se encuentra el fortalecimiento del régimen de responsabilidades de los funcionarios públicos, quienes deben procurar no sólo por la aplicación

³³⁰ El plan Obligatorio de Salud (POS) en Colombia está regulado mediante la ley 100 de 1993, y las leyes 1122 de 2007, 1438 de 2011 y 1450 del mismo año.

de la ley sino aquella de los principios y garantías constitucionales. En ese contexto, al operador judicial se le impone el deber de aplicar el Derecho de manera coherente con los postulados axiológicos constitucionales. En consecuencia *“sólo es posible una práctica jurídica acorde con los imperativos del Estado constitucional de derecho si se reconoce las mutaciones al tipo penal del prevaricato dirigidas a reconocer como bien jurídico la protección del ordenamiento y no sólo de la ley”*.

En este orden de ideas, según los demandantes, no es posible hacer referencia en el Estado constitucional a la idea de prevaricato sin atender a las transformaciones de los conceptos de ley y ordenamiento jurídico. Así, mientras que la idea de prevaricato en el Estado liberal de derecho propendía proteger el principio de estricta legalidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, en el Estado constitucional se asume como fin de la actividad jurisdiccional la promoción de la ley tanto en sentido formal como material, esto es *“la protección de todas las normas que conforman el ordenamiento independientemente de su pedigree o forma de producción”*. A renglón seguido señalan que:

“una idea de prevaricato acorde al contexto del Estado constitucional exige el reconocimiento de una noción de ley y de ordenamiento jurídico respetuosa de elementos axiológico-deontológicos concretados y que determinan la validez material de las normas jurídicas. No es coherente con un Estado constitucional seguir señalando la configuración del prevaricato

por infracción a la ley en su sentido formal y de otro lado exigir la aplicación de todo el ordenamiento jurídico y, en especial, de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad. La necesidad de ajustar el tipo penal de prevaricato a las circunstancias del Estado constitucional se constituye en imperativo categórico para la evaluación de la actividad jurisdiccional”.

Finalmente, señalan a modo de síntesis lo siguiente:

“la formulación de algunas ideas referentes a la forma en que se debe entender la dogmática en el Estado constitucional de derecho y su influencia en la descripción de conceptos básicos de la teoría general del derecho como la noción de norma, de ordenamiento y la reformulación de las fuentes del derecho, constituyen las premisas básicas para una comprensión del tipo penal del prevaricato, que repercute en dos maneras: la primera, en un aumento o promoción de la libertad requerida por la función jurisdiccional en un Estado constitucional donde el juez ya no estará sometido a la ley en su sentido formal sino al ordenamiento jurídico en su sentido material. La segunda, el ejercicio de la libertad mencionada apareja el deber del operador jurídico de comprender la teoría de los principios jurídicos en el Estado constitucional de derecho así como de la metodología para su ejercicio y aplicación mediante la interpretación y argumentación jurídicas”.

A manera de resumen en cuanto a las demandas manifiesta la corte:

“Una vez examinadas las demandas ciudadanas se puede comprender que ambas confluyen en formular un mismo cargo de inconstitucionalidad que constituye el problema jurídico a resolver: el artículo 413 del Código Penal que consagra el tipo penal de prevaricato por acción es inconstitucional por omitir los supuestos de infracción o desconocimiento de la Constitución, la jurisprudencia de las Altas Cortes y de la Corte Constitucional, así como el bloque de constitucionalidad. En tal sentido, los demandantes parten de comprender que el supuesto descrito en el artículo 413 del Código Penal no permite sancionar a los jueces, servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, por desconocer manifiestamente la Constitución, la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes y de la Corte Constitucional, al igual que el bloque de constitucionalidad”.

En respuesta, la Corte Constitucional sostuvo el siguiente argumento en torno al contenido de su decisión:

“Contrario a lo sostenido por los demandantes, la Corte considera que el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar porque el tipo penal, tal y como se encuentra descrito en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, comprende los supuestos que los demandantes consideran excluidos, esto es, que si en el caso concreto resultan aplicables la Constitución, el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional, y

el operador jurídico realiza una aplicación manifiestamente contraria a éstas, en los términos y condiciones previstos en el derecho penal, puede ser sancionado por la comisión del delito de prevaricato por acción”.

De lo anterior puede deducirse a priori que la corte dentro de la expresión “ley” contempla todos los supuestos que contienen el constructo “Derecho” es decir que considera la completitud del tipo penal demandado, porque en la expresión “ley” está contemplado todo el “ordenamiento jurídico”.

Para la toma de una decisión que apoye tal argumento, la Corte Constitucional consultó, según relata el fallo en cuestión, la jurisprudencia aplicable, de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal) de donde pudo concluir lo siguiente:

“En suma, en relación con la configuración del tipo penal de prevaricato por acción, la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que (i) el delito puede ser cometido por los jueces, los servidores públicos y en ocasiones por particulares que ejercen funciones públicas, en los términos que señala el Código Penal; (ii) en cuanto al sujeto pasivo de la conducta, se ha estimado que es la administración pública, aunque se admite que, en ciertos casos, pueda tratarse de un delito pluriofensivo; (iii) el objeto material del delito comprende resoluciones, dictámenes o conceptos, es decir, abarca tanto decisiones judiciales como actos administrativos. A su vez, la

expresión “contrario a la ley”, ha sido entendida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que con aquélla se designa: (i) la norma jurídica aplicable al caso concreto; (ii) el ordenamiento jurídico colombiano; (iii) los mandatos constitucionales; (iv) ley en sentidos formal y material, ya que no distingue entre una y otra; y (v) actos administrativos. En otras palabras, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la expresión “ley”, contenida en el artículo 413 del Código Penal no ha sido entendida y aplicada únicamente como sinónimo de acto normativo expedido por el Congreso de la República. Por el contrario, el significado más empleado en la jurisprudencia de la Sala Penal al término “ley” ha sido aquel de “norma jurídica aplicable al caso concreto”, interpretación que es plausible y ajustada a la Constitución, como quiera que aquélla puede ser la Constitución, las normas que integran el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional en los términos que se explican a continuación: (...)

Sin entrar a debatir aún el contenido de éste fallo, es de notar que la Corte Suprema de Justicia en los números i,ii,iii,iv y v mencionados anteriormente, utiliza el termino norma jurídica, del cual la Corte Constitucional concluye que en ella está incluida la jurisprudencia constitucional.

Por tanto, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en el caso particular del delito de prevaricato, la expresión

“ley” comprende: *“la Constitución, las normas que integran el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional”* porque así lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia Colombiana a través de la jurisprudencia. Es pues, esta la interpretación de la Corte Constitucional del espíritu de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en otras palabras, es la suma de discrecionalidades producto de la posibilidad de varias interpretaciones por imprecisión del precepto legal.

Finalmente refiere la sentencia, complementando lo dicho por la Corte suprema de Justicia que:

“Una interpretación armónica de los artículos constitucionales mediante los cuales se consagra el principio de legalidad en Colombia, indica que todos los servidores públicos, incluidos por supuesto los jueces y los particulares que ejercen funciones públicas, pueden incurrir en el ilícito de prevaricato por acción, a causa de la emisión de una providencia, resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales, la ley o un acto administrativo de carácter general”.

A propósito de la protección exigida por los demandantes con la modificación sugerida al tipo penal de prevaricato de las diferentes fuentes del derecho, la corte trae al debate el artículo 230 constitucional en donde claramente se vincula la jurisprudencia como fuente auxiliar y de allí deriva discrecionalmente la fuerza vinculante

de la jurisprudencia como parte del objeto material del delito con la siguiente argumentación:

“En tal sentido, cabe recordar que el artículo 230 Superior al referirse a la “ley”, alude realmente a las distintas fuentes del derecho que deben ser aplicadas para resolver un caso concreto y como tal, bien puede tratarse de la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general. Por el contrario, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.... Así las cosas, la Corte insiste en señalar que el delito de prevaricato por acción se comete únicamente cuando los servidores públicos, incluidos los jueces de la República (...) emiten resolución, dictamen o concepto que resulte ser manifiestamente contrario a la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general, en los términos indicados de manera constante por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.”

Y concluye la argumentación manifestando que (...)

“8. La contradicción de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, per se, como fuente autónoma del derecho, no da lugar a la comisión del delito de prevaricato por acción, salvo que se trate de la jurisprudencia proferida en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes o que el desconocimiento de la jurisprudencia conlleve la infracción directa de preceptos

constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general. (subraya fuera de texto)

La salvedad anterior incorpora elementos al tipo penal de prevaricato, creación jurisprudencial que más adelante la sentencia va a ratificar de la siguiente manera:

“La Corte considera que, contrario a lo sostenido por los demandantes, el delito de prevaricato por acción no se comete por una simple disconformidad que se presente entre una providencia, resolución, dictamen o concepto y la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes, a menos que se trate de un fallo de control de constitucionalidad de las leyes o de la jurisprudencia sentada por aquéllas que comporte una infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general”.

Ratificando la incorporación al delito de prevaricato el desconocimiento de los fallos de control de legalidad de las leyes, cuestión que más adelante fundamentara manifestando que:

“... reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundando en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual

manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares”

Agregando además sobre el particular de las sentencias con fuerza vinculante que:

“La Corte Constitucional ha considerado asimismo que la jurisprudencia de tutela también presenta un carácter vinculante, y en consecuencia, como se examinará, en algunos casos su desconocimiento puede comprometer la responsabilidad penal de los servidores públicos, no sólo de los jueces sino también de quienes sirven a la administración y de aquellos particulares que de forma transitoria o permanente ejercen funciones públicas...”

El párrafo anterior del fallo de la corte, incorpora además de lo anterior, la jurisprudencia de tutela al objeto material del delito de prevaricato en algunos casos frente a su desconocimiento.

Sin embargo y pese a todo lo incorporado al tipo legal por ésta vía la corte va a reconocer que:

“... entender que se puede cometer el delito de prevaricato por acción cuando se está ante casos en los cuales es posible

derivar un elevado número de normas jurídicas, se topa con un grave obstáculo de orden práctico, consistente en la inexistencia en el país de compilaciones actualizadas y asequibles de jurisprudencia de las Altas Cortes. De tal suerte que, a diferencia de lo acontecido con el texto legal, el cual debe ser debidamente promulgado y publicado en el Diario Oficial para ser oponible a los ciudadanos, los fallos proferidos por la jurisdicción ordinaria sólo deben ser notificados a las partes.

Finalmente el fallo en ésta sentencia será expresado por la Corte Constitucional así:

“Ahora bien, la Corte estima que a efectos de determinar si realmente un servidor público, en un caso concreto, incurrió en el delito de prevaricato por acción por desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte la cual comporte, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, resultará indicativo examinar si se está en presencia de un manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitucional constante. En efecto, los fallos de reiteración se caracterizan por que la Corte (i) simplemente se limita a reafirmar la vigencia de una subregla constitucional perfectamente consolidada; (ii) su número resulta ser extremadamente elevado; y (iii) constituyen interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley o un acto administrativo de carácter general, por parte del juez constitucional. En otras palabras, en los fallos de reiteración la

Corte Constitucional ha acordado un sentido claro y unívoco a la “ley”, en los términos del artículo 413 del Código Penal. Situación semejante se presenta en las sentencias de unificación jurisprudencial, en la medida en que la Corte acuerde una determinada interpretación no sólo a una disposición constitucional, sino a normas de carácter legal o a un acto administrativo de carácter general” (...) “Ahora bien, la situación es bien distinta cuando se está ante casos novedosos, donde realmente no se puede hablar de que los servidores públicos hayan desconocido la jurisprudencia sentada por una Alta Corte la cual conlleva, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE: Declarar EXEQUIBLE, el artículo 413 del Código Penal, por los cargos analizados”.

Así las cosas, según la interpretación del alto tribunal, en el proceso de inconstitucionalidad en estudio, el término “ley” engloba la totalidad del ordenamiento jurídico para el caso particular del delito de prevaricato; lo anterior, por disposición de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia. Basándose en ello, adiciona de manera discrecional algunos fallos que han de entenderse incorporados en el tipo penal como lo son: “... la jurisprudencia proferida en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes o que el desconocimiento de

la jurisprudencia conlleve la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general” y más adelante considera que también se integran al tipo “algunos fallos de tutela”, todo lo anterior, a base de la fuerza vinculante que según ésta corporación otorga el art 230 constitucional, cuando señala a la jurisprudencia como fuente “auxiliar” de interpretación del Derecho.

No obstante reconoce, que al no existir una compilación jurisprudencial que de manera ordenada y sistemática informe de manera general a los funcionarios sobre su existencia, los fallos los vinculan siempre y cuando les hayan sido notificados a los funcionarios que incurran en el desconocimiento en la aplicación de los fallos excepcionales antes mencionados.

Así las cosas, la discrecionalidad judicial en éste caso se establece sobre el alcance y la interpretación que se da a la norma, al efecto de adicionar un tipo penal aduciendo que el término “ley” dispuesto en la descripción, abarca todo el ordenamiento jurídico incluyendo por ende la jurisprudencia, abre la puerta a la arbitrariedad, más aun cuando la misma corte desconoce los contenidos de las decisiones que harían parte de dicho tipo penal.

A diferencia del caso anterior en el cual la corte, por considerar que un término utilizado al interior de un tipo penal puede resultar ambiguo y por eso debe ser retirado del ordenamiento, recortando discrecionalmente el alcance de la norma; en éste caso la

interpretación que del término “ley” hace la corte amplia desmesuradamente el rango de aplicación del tipo, invitando al funcionario judicial de menor jerarquía a que desde su propia discrecionalidad emita futuros fallos sobre el tipo penal de prevaricato. Nuevamente la dogmática jurídico-penal, su evolución histórica, su carga teórica, así como todos los principios rectores, son invitados de piedra ante la decisión discrecional.

A su vez, en donde pareciera que la Corte va a declarar la inexecutable de la norma por completitud, para incorporar y adicionar de manera adecuada al tipo penal toda la jurisprudencia que debería –en virtud del principio de legalidad- estar incorporada, según su interpretación, declara la executable por interpretación, ya que considera según su argumentación, que el término “ley” engloba todo el ordenamiento jurídico, basándose para ello en la interpretación que hace del precedente de la CSJ. Concluyendo que: como las normas hacen parte del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia es norma, por tanto su desconocimiento conlleva a prevaricar al funcionario que la desconozca; sin embargo como no hay un catálogo de jurisprudencias, la consecuencia del fallo según la lógica de la C.C. es que la punición en el delito de prevaricato en caso de desconocer los fallos judiciales, dependerá del juez penal de menor jerarquía y su discrecionalidad.

Este fallo permite demostrar la hipótesis defendida en éste trabajo, acerca del fenómeno discrecional en materia penal por parte de las altas cortes, por diversa interpretación originada en la construcción del

precepto legal y así mismo, los efectos de la discrecionalidad judicial en materia penal ya no en la teoría sino en la práctica de la jurisprudencia.

3.2 Segundo estudio de Caso sobre: Interpretación y contradicción normativa

En éste segundo caso se hace alusión a tres sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, la primera que se convierte en la orientadora de las otras dos, siendo sus decisiones discrecionales y completamente disimiles.

En efecto, el Código penal Colombiano establece de manera clara en su artículo 220 que

INJURIA. El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. A su vez el artículo 226 señala:

INJURIA POR VÍAS DE HECHO. En la misma pena prevista en el artículo 220 incurrirá el que por vías de hecho agravie a otra persona.

Y en los artículos: 206 y 209 se dispone respectivamente,

ACTO SEXUAL VIOLENTO. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.

De la lectura de los artículos anteriores y su composición lingüística, así como su posible interpretación, se infiere que no existe la posibilidad de que los jueces entren en consideraciones discordantes entre el primer grupo y los segundos, sin embargo la jurisprudencia nacional colombiana a partir del articulado transcrito anteriormente, demuestra que la tesis de la discrecionalidad por contradicción normativa aquí sostenida es consistente.

En efecto, en el año de 1996 un hombre que se desplazaba en bicicleta, relata en los hechos la jurisprudencia³³¹, al pasar al lado de una mujer, con su mano *“le tocó los glúteos y la vagina o posó una mano entre sus piernas, y siguió su camino. El autor del hecho fue acusado y condenado en segunda instancia por el delito de acto sexual violento”*. No obstante, la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, casó oficiosamente la providencia y -por supuesto- declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la formulación de imputación, inclusive; luego de determinar que la

³³¹ Sentencia de casación Corte Suprema de Justicia de octubre 26 de 2006

acción adelantada por el inculpado objetivamente constituía un delito distinto al de acto sexual violento, tipificándolo como injuria por vías de hecho.

Para llegar a esta conclusión sostuvo que:

“ i) no hubo violencia porque el procesado no desplegó ninguna fuerza –física o moral- dirigida a extinguir o a reducir la capacidad defensiva de la señorita; ii) si no hubo violencia, mal se puede hablar de nexo causal entre ella y la afectación sexual; iii) el ataque fue fugaz, tan fugaz que es imposible hablar de agresión sexual pues de cara al bien jurídico protegido es esencial una mínima permanencia, que no la hubo en este caso; iv) el comportamiento fue sorpresivo, sin violencia; v) entre la dama y el procesado no hubo correspondencia corporal alguna, por lo que es imposible afirmar existencia de acto sexual, y vi) la conducta del procesado, tal como fue imputada, no fue apta para excitar o satisfacer su lujuria y/o la de la víctima.

Advirtió que la conducta consistente en realizar tocamientos fugaces e inesperados en las partes íntimas del cuerpo de una persona capaz sin su aquiescencia es un acto reprochable, pero no constituye actualmente un delito de los previstos en el título IV de la Ley 599 del 2000”. Finalmente concluyó:

“Desde el punto de vista objetivo, entonces, la Sala, en síntesis, considera que los tocamientos corporales no consentidos,

realizados sin violencia sobre personas capaces, configuran el delito de injuria por vías de hecho”.

Vale resaltar aquí la enorme diferencia de criterio entre el tribunal de segunda instancia y la Corte Suprema de Justicia, en términos de “discrecionalidad judicial” no se alude a la disyuntiva interpretativa de dos normas semejantes, cuya apreciación frente a la realidad de los hechos, exponga situaciones tan distantes como lo son las posturas de ambos tribunales.

La anterior decisión que en principio no representa algún problema, sino una divergencia de conceptos entre la corte suprema de justicia y el tribunal judicial de distrito, sin embargo abriría una puerta para que en Colombia en un lapso muy corto de tiempo la misma Corte Suprema de Justicia, emitiera dos jurisprudencias sobre el mismo tema pero con decisiones totalmente diversas.

En la primera de ellas fechada el 2 de julio del año 2008 y radicada bajo el número 29117, se exponen los hechos de la siguiente manera:

“Según denuncia penal presentada por la señora Dilma Rosa Riaño Panqueva, el día 28 de marzo de 2006, a las cuatro de la tarde y en el establecimiento público “Supermercado la Viña”, ubicado en la carrera 36bis núm. 186 C 07 barrio Verbenal II sector de esta ciudad, su hija de nueve años de edad, fue sometida a tocamientos libidinosos por el tendero CIRO ANTONIO MORA RIVERA, consistentes en cogerla de las

muñecas, conducirla al lavamanos que se encuentra detrás del congelador y en el fondo de la parte interna del mostrador del supermercado y besarla en la boca con introducción de su lengua. Días anteriores, le había cogido los glúteos e igualmente (la había) besado”.

Estos son los hechos narrados en la sentencia tomados del juzgado de primera instancia. Una vez analizadas las pruebas y adelantado el proceso, el tribunal condena al procesado en segunda instancia confirmando lo decidido por el juzgado de primera, por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años. Sin embargo de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, oficiosamente, declara la nulidad de todo lo actuado desde el momento de la imputación. Vale la pena observar el argumento de la Corte.

“Cuando se juzga la conducta humana, es preciso determinar en estricto sentido qué es lo que se juzga, cuál es la adecuación típica que realmente corresponde y cuáles son las consecuencias de la pena en términos de los principios de proporcionalidad y razonabilidad que la gobiernan.

El derecho penal no tiene por finalidad (por sí) imponer castigos; no se puede convertir la justicia en amargura, se trata de hacer justicia material en los casos concretos.

La esencia del proceso constitucional – penal es acceder al valor justicia, en síntesis, porque se trata de un proceso de búsqueda

de la verdad que tiene por finalidad hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho formal..., se trata de hacer justicia material en cada caso.

Las implicaciones de la discusión para determinar si el derecho penal es un derecho “de autor o de acto” se centran en establecer si se castiga a la persona por lo que es, o por lo que hace. El núcleo de la controversia radica precisamente en la interpretación del artículo 29 de la Constitución Política que expresamente refiere que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa.

El artículo 2° del Decreto Ley 100 de 1980 hablaba de hecho punible: “Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable”, y el Artículo 9 de la Ley 599 de 2000 refirió expresamente y sin equívocos que lo que se juzga es la conducta punible.

En suma, lo que se enjuicia es el acto humano, la conducta humana y no al autor por lo que es. (Por ello, el esfuerzo probatorio de la defensa por establecer si el procesado es o no pedófilo no es relevante en el campo del derecho penal, aunque lo sea en otras áreas del conocimiento, como la psicología, la psiquiatría, la parasicología, la genética, el periodismo, etc.)

Ante un comportamiento humano como el que ocupa la atención de la Sala, mentalidades maliciosas, suspicaces, desconfiadas,

recelosas dirán, con algo de razón y en el campo puramente especulativo, que si la menor no logra escaparse del supermercado donde fue avasallada por el tendero que abusivamente la besó, quizá la hubiese violado, etc. y que por eso la pena que merece el acusado es la máxima prevista en la ley penal porque el procesado es un “pervertido sexual”, un “pedófilo”, es un “depravado”, etc.

Sin embargo –insiste la Sala- lo que el Derecho penal juzga no es esa condición personal que el procesado pueda tener sino lo que efectivamente hizo. La conducta punible como tal.

Téngase presente, entonces, que se juzga la conducta realizada el 28 de marzo de 2006, a las cuatro de la tarde, cuando una menor de edad (de nueve años) llegó al establecimiento de comercio –una tienda de víveres-, el tendero la tomó por las muñecas, la condujo al interior del local comercial y la besó en la boca con introducción de su lengua y cuando la menor logró zafarse el tendero le tocó los glúteos (parece que días antes había hecho lo mismo).

En suma: Refiere la sentencia “*se juzga un beso abusivo, se juzga un tocamiento abusivo de los glúteos de la menor*”.

Y concluye:

“Con ocasión de la expedición del actual código penal (Ley 599 de 2000), los debates radicaban en establecer cuál es realmente

el interés jurídico protegido, puesto que el original Decreto 100 de 1980 tutelaba “La libertad y el pudor sexuales” (título XI), La Ley 360 de 1997 modificó el interés jurídico protegido para tutelar “La libertad sexual y la dignidad humana”, y en la Ley 599 se definió que el bien jurídico a resguardar en este tipo de conductas es “La libertad, integridad y formación sexuales”; la educación sexual (formación) hace parte del objeto protegido por el derecho penal. El asunto radica entonces en determinar hasta qué punto se afectó el interés jurídico protegido con la conducta del tendero, vista en su real contexto y sin ultra dimensionarla.

Una visión detenida del asunto indica que el comportamiento del procesado no tiene la entidad para comprometer el interés jurídico que tutelan las normas que describen las agresiones sexuales (Artículo 209, Art. 211 – 4 del C.P.) porque, en estricto, aquí no hubo un acto de connotación sexual que de alguna manera afecte siquiera la formación sexual de la ofendida, ni la integridad, ni la libertad sexuales. Sin embargo, tampoco es adecuada lectura entender que la Sala patrocina la conducta truhana y abusiva del tendero”.

Los hechos vienen siendo correctamente apreciados (léase imputación fáctica), sin embargo, lo que precisa la Sala es que ese comportamiento no alcanza la connotación de perjuicio a la libertad, integridad y formación sexuales de la menor, quien dada su capacidad de raciocinio compatibles con esa edad (nueve años) atinadamente referida por la sicóloga que la examinó,

permiten concluir que a más del trato agresivo no sufrió alteraciones sustantivas en la “formación sexual”, entendida como facultad optativa para determinarse en el futuro en materia sexual.

Por consiguiente, la adecuación típica que se hizo desde la audiencia de imputación es incorrecta (léase imputación jurídica) y, lo acertado era imputar injuria por vías de hecho (Artículo 226) que es un comportamiento que atenta contra un bien jurídico de diversa naturaleza: La integridad moral.

Por ello, la Sala casará de oficio la sentencia por ser evidente la violación del debido proceso por ERROR EN LA FORMULACIÓN JURÍDICA DE LA IMPUTACIÓN, de conformidad con los artículos 286, 287, 288, 289, 290 y 457 del C. de P.P.

No puede soslayarse el deber que tienen quienes participan en el proceso, tanto la defensa como la Fiscalía y, dentro de su órbita de competencia, el representante del Ministerio Público (que desde luego no es un convidado de piedra a la audiencia de formulación de la imputación así como a ninguna de las actuaciones procesales –Artículo 277 – 1,2,7 de la C. Pol.). A ellos corresponde ejercer un control efectivo a la imputación, en la medida que desde aquel momento procesal se averiguan delitos, en fin, hechos jurídicamente relevantes (artículos 287 y 288 del C. de P.P.)

Injuria por vías de hecho. Artículo 226 del C. P.

Un antecedente –igual en la esencia- se ventiló en la Sala cuando un joven abusivamente tocó los glúteos a una dama y siguió su camino. Aquella sentencia precisó que la conducta se adecua al delito de injuria, concretamente en su modalidad injuria por vía de hecho:

“Las razones de la afirmación son las siguientes:

1. El título V del Libro II del Código Penal del 2000, en su capítulo único, define los “Delitos contra la integridad moral”.

En su artículo 220 estructura la injuria, con estas palabras:

El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Su artículo 226 se refiere a la injuria por vías de hecho de esta manera:

En la misma pena prevista en el artículo 220 incurrirá el que por vía de hecho agravie a otra persona.

2. El bien jurídico tutelado es, se dijo, la integridad moral. Por integridad moral se entiende, para efectos de la injuria, ante

todo, lo relacionado con la dignidad y el honor, tal como emana de la Exposición de Motivos que a su propuesta de Código Penal ante las Cámaras legislativas acompañó el Fiscal General de la Nación.

A la dignidad, que en estricto sentido es el bien jurídico mediato especialmente tutelado en este título, se ha referido la Corte Constitucional, con estas frases:

Se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es "un fin en sí misma". Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico.

La dignidad es, también, por inclusión, respeto a la intimidad, al honor, a la honra, al decoro, de la persona humana en cuanto tal".

No obstante, a escasos cuatro meses de la expedición de la sentencia anterior, se produciría un hecho asombroso, pero que confirma la tesis

aquí defendida acerca de lo que en esencia representan los efectos de la discrecionalidad judicial en el derecho penal.

En efecto, exactamente el día 5 de noviembre del 2008, bajo el radicado 30305, la misma corporación de la Corte Suprema de Justicia, expediría una decisión profundamente contraria a la anterior, sobre supuestos de hecho casi idénticos, en vigencia de la misma norma y basada también en la sentencia expuesta al principio de éste estudio de caso. Los hechos son los siguientes:

En el mes de septiembre de 2004 cuando Patricia de 8 años de edad jugaba a las escondidas con otros primos en el patio de la casa de su padre Juan Carlos Erazo Israel, se le acercó Juan Carlos Rocha Segura, compañero permanente de su prima, y aprovechando el juego le introdujo la mano por debajo de los interiores tocándole la cola.

El 7 de febrero de 2005 la madre de la menor ofendida denunció el hecho ante la Fiscalía y se inició la correspondiente investigación.

En éste caso el juzgado de primera instancia condenó al procesado por actos sexuales abusivos con menor de 14 años y posteriormente el Tribunal de segunda instancia lo absolvió. Una vez el proceso es recibido por la Corte Suprema de Justicia continuó la actuación condenando al procesado por actos sexuales abusivos bajo la siguiente argumentación:

“El apoderado judicial del procesado, en su intervención de no recurrente, plantea atipicidad de la conducta porque “un toque de glúteos” no constituye actos sexuales, y a lo sumo alcanzaría la connotación de injuria por vías de hecho, que obligaría a declarar la nulidad de lo actuado.

La Corte emprenderá el estudio de fondo del asunto debido a que, de asistirle razón, habría lugar a declarar la nulidad de lo actuado tal como se ha procedido en pretéritas oportunidades.

2.1. En consideración a la edad de la víctima emerge indispensable hacer una aproximación al tema de la protección prevalente de los niños en el marco de la Constitución, de los tratados internacionales y de la ley.

La protección especial de los menores de edad es un aspecto de gran relevancia constitucional. El Constituyente de 1991 (artículo 44) se cuidó en consagrar y garantizar no sólo la índole fundamental de sus derechos y su prevalencia sobre los derechos de los demás, sino también la protección de la cual deben ser objeto. Por ello estableció el compromiso que tiene la familia, la sociedad y el Estado de asistir y protegerlos a fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Esa protección es aún más profunda y significativa a nivel internacional. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos , y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica prevén que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

En el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce la falta de madurez física y mental del niño y se establece, en consecuencia, la necesidad de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento. En dicho instrumento se impone que las medidas que adopten los tribunales y las autoridades legislativas, entre otras, deberán considerar primordialmente el interés superior del niño , y se compromete a los Estados para que adopten medidas legislativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico, mental o sexual .

Es evidente la importancia que la normatividad internacional reconoce al principio de primacía del interés superior del menor, respecto del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”. Así mismo, que la expresión interés superior implica que

el desarrollo del niño y “el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño” .

En orden a cumplir con varios de los propósitos reseñados el legislador ha tipificado como delitos autónomos algunas conductas cometidas sobre menores de edad y otros en los que agrava la pena prevista cuando la víctima sea un menor o cuando se realice con su intervención .

2.2. Admite el no recurrente que Patricia relató “la verdad” a la fiscalía cuando aseguró en una de las versiones que su representado le “empezó a meter la mano por la cola”, y luego afirma, de manera algo contradictoria, que de aceptar que Rocha Segura le tocó las nalgas o los glúteos, la conducta es atípica porque se estaría frente a una injuria por vías de hecho. Pretende que, por tratarse de asuntos similares, la Corte siga la jurisprudencia plasmada en la sentencia de casación del 26 de octubre de 2006 (radicado 25.743), que a su vez sirvió de apoyo a una decisión del Tribunal Superior de Bogotá.

La Sala no encuentra que los funcionarios judiciales hayan errado en la adecuación típica de la conducta desplegada por Rocha Segura, ni que pueda acudirse a los criterios plasmados en la sentencia de casación citada. Estas son las razones:

Aunque no se tiene el texto completo de la providencia del Tribunal Superior que menciona, de lo consignado en su escrito puede extraerse que en esa ocasión la víctima, a diferencia de lo que ocurre ahora, no fue una niña menor de edad, lo que de entrada sugiere una diferencia sustancial.

De otra parte, para determinar la probabilidad de aplicar en esta ocasión la jurisprudencia contenida en fallo del 26 de octubre de 2006 proferido por esta Corporación, es preciso recordar el caso analizado y los fundamentos de la decisión:

La situación fáctica. Una señorita, mayor de edad, caminaba por un sendero peatonal y un joven, que se desplazaba en bicicleta desaceleró el velocípedo, le tocó los glúteos y la vagina o posó una mano entre sus piernas, y siguió su camino”.

El autor del hecho fue acusado y condenado en segunda instancia por el delito de acto sexual violento.

Como se ve, la sentencia hace mención al fallo que se indicó en el primer acápite de ésta discusión, con la diferencia de que es alusiva al fallo de segunda instancia y no al fallo proferido por la corte suprema cuando declaró la nulidad de lo actuado y casó la providencia a la que se hace mención.

En efecto:

“Las consideraciones. La Corte casó de oficio esa providencia y declaró la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación, inclusive, luego de determinar que el acto realizado por el procesado objetivamente constituía un delito pero no el de acto sexual violento, sino el de injuria por vías de hecho.

Para arribar a esa conclusión sostuvo que i) no hubo violencia porque el procesado no desplegó ninguna fuerza –física o moral- dirigida a extinguir o a reducir la capacidad defensiva de la señorita; ii) si no hubo violencia, mal se puede hablar de nexo causal entre ella y la afectación sexual; iii) el ataque fue fugaz, tan fugaz que es imposible hablar de agresión sexual pues de cara al bien jurídico protegido es esencial una mínima permanencia, que no la hubo en este caso; iv) el comportamiento fue sorpresivo, sin violencia; v) entre la dama y el procesado no hubo correspondencia corporal alguna, por lo que es imposible afirmar existencia de acto sexual, y vi) la conducta del procesado, tal como fue imputada, no fue apta para excitar o satisfacer su lujuria y/o la de la víctima.

*Siempre se recalcó que en ninguna parte del título IV del Código Penal aparece estrictamente tipificada como delictiva la conducta “de quien sin violencia, por sorpresa, realiza actos sexuales sobre una persona capaz que no presta su consentimiento”.
Subraya la Sala.*

Advirtió que la conducta consistente en realizar tocamientos fugaces e inesperados en las partes íntimas del cuerpo de una persona capaz sin su aquiescencia es un acto reprochable, pero no constituye actualmente un delito de los previstos en el título IV de la Ley 599 del 2000. Finalmente concluyó:

“Desde el punto de vista objetivo, entonces, la Sala, en síntesis, considera que los tocamientos corporales no consentidos, realizados sin violencia sobre personas capaces, configuran el delito de injuria por vías de hecho”.

Fácilmente se evidencia que el caso analizado difiere notablemente del que ahora ocupa la atención de la Corte, por lo que mal puede otorgársele a éste trato jurídico idéntico.

En primer lugar, la mujer que fue tocada era mayor de edad y en esta ocasión se trata de una menor que para el momento de los hechos tenía 8 años.

En segundo lugar, la atipicidad objetiva de la conducta endilgada se determinó a partir de que aquélla se ejerció sobre una mujer mayor de edad. Siempre se hizo énfasis en que se trataba de una persona capaz que fue tocada sin su aquiescencia. En el asunto analizado -se reitera- la conducta se ejerció sobre una menor de edad cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación y su capacidad no es plena pues

carece de una cabal conciencia acerca de sus actos y de las consecuencias que ellos aparejan.

En tercer lugar, la consideración de atipicidad también descansó en que se descartó la violencia del agresor. Sin embargo, dicho elemento no es exigido por la ley penal para el punible de actos sexuales con menor de 14 años, por el cual fue acusado Rocha Segura. Nótese que la edad es un componente esencial en el tipo penal, pues únicamente tratándose de niños y de persona incapaz el legislador penalizó la conducta de actos sexuales abusivos aún sin que fuera violenta.

En cuarto lugar, el agresor fue un transeúnte sin ningún parentesco o cercanía con la víctima. En esta oportunidad la conducta fue realizada por un miembro de la familia (tío) cercano a la víctima.

En último término, el acto realizado no fue apto para excitar o satisfacer la lujuria de la víctima. Tal como más adelante se explica en el caso sub examine la conducta por sí misma y por las particularidades del tocamiento fue idónea para despertar la libido del procesado y ocasionar un daño en la menor.

2.3. Rocha Segura fue llamado a juicio por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, contenido en el título IV del Código Penal, que protege los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexuales.

Ese punible se tipifica bajo cualquiera de estas tres conductas: realizar actos sexuales diversos del acceso carnal con menor de 14 años; realizar esos mismos actos en presencia del menor, o inducir a éste a prácticas sexuales.

Tal como se consignó en la resolución de acusación y se demostró en el capítulo anterior de esta sentencia, la conducta desplegada por Rocha Segura se encuadra dentro de la primera modalidad.

Sin duda se trató de un acto lujurioso, dirigido a despertar los apetitos sexuales del victimario, nada más se puede concluir cuando introdujo su mano por debajo de los interiores de la menor y le tocó su cola, quien por su edad no tuvo siquiera capacidad para emitir su consentimiento informado sobre el acto. Dicho contacto físico no fue apropiado o normalmente afectuoso, sino un acto sexual indebido.

Tan indebido sería que a Patricia le produjo efectos psicológicos traumáticos, tal como lo demostró el dictamen de Psiquiatría y Psicología Forense, y lo corroboró su padre.

La “cola” es una zona erógena que despierta reacciones físicas. Se ha entendido por zona erógena “toda parte del cuerpo susceptible de ser lugar de una excitación sexual” . Así mismo se ha destacado que “aparte de la boca y de los genitales, que son

las zonas que más frecuentemente entran en contacto, otros sectores se convierten igualmente y con facilidad en zonas de estimulación y excitación (senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo...)”. Subraya la Sala.

La doctrina ha destacado que el carácter erótico de una zona la da, en cierta medida, el agresor, y se ha puesto el ejemplo de tocar los zapatos de una mujer o tirarle una trenza, para imaginar un fetichista cuyo impulso sexual se orienta a esa clase de actos. Sin embargo, es preciso no olvidar el fin lúbrico de la acción:

“...desde un punto subjetivo y por usar la propia terminología jurídica, tal conducta constituye indudablemente un acto lascivo, porque mediante el mismo el agresor descarga su tensión sexual, pero, en cambio, objetivamente hablando, es decir, según las pautas culturales de la comunidad e incluso de la propia víctima, aquello no puede pasar de ser una simple gamberrada con la consiguiente risa o susto. (...) Íntimamente ligado a este problema se halla la cuestión de la intencionalidad o ‘fin lúbrico’ de la acción, tal difícil de probar en algunos casos”.

Conviene destacar, por tratarse de un asunto similar, que en la sentencia proferida el 24 de octubre de 2007 por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, expediente N° 02-200288-0413-PE, Resolución 2007-01199, se estudió el recurso interpuesto por un hombre que fue condenado por el Tribunal de Guanacaste, por el delito de abusos sexuales contra menor de edad a quien

aprovechando que se encontraba sola en el aula de clase le tocó las nalgas por encima de la ropa. Allí se destacó que el acto era impúdico y adquiriría connotación sexual, y, además, que los glúteos forman parte de una zona íntima y sexual:

“El punto en torno a si lo hizo con una o ambas manos, deviene en irrelevante ya que olvida el recurrente que tratándose del delito de abusos sexuales, la acción recae directa y necesariamente sobre la humanidad de la persona ofendida, resultando que, en caso de contacto físico es requisito sine que non la existencia de una connotación sexual, siendo suficiente que el acto sea impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas. Como se observa de la simple lectura del tipo penal, éste no establece que la comisión sea con ambas manos o una sola, sino la realización de un acto con fines sexuales, que en la especie se acreditó, y así lo dijeron los juzgadores: (...)

Esta Sala en el voto 00244 de las 9:25 horas, del 19 de marzo de 2004 analizó los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal de abusos sexuales contra persona menor de edad e incapaz, y al efecto dijo:

‘Nótese que en el delito de abusos deshonestos la acción recae directa y necesariamente sobre la humanidad o corporeidad física de la víctima y en todos los casos de contacto físico, deberá constatarse que éste objetivamente importe un sentido

sexual evidente que conoce y quiere el sujeto activo, quien con su conducta logra instrumentalizar el cuerpo de la víctima para abusar de él, accionando deshonestamente sobre el ofendido (tocándolo, besándolo, lamiéndolo, etcétera) o recibiendo sobre su propio cuerpo -o el de un tercero- la acción de aquel, o induciendo a la víctima a actuar deshonestamente sobre sí misma. El abuso deshonesto también puede tratarse de acciones que no importen un contacto sexual objetivo respecto de otros sentidos diferentes al tacto, como el de la vista, caso en el cual la conducta del agente provoca que el cuerpo de la víctima devenga en mero objeto de contemplación (por ejemplo, obligar a la víctima a tocarse impúdicamente o a desnudarse, levantarle la falda, etcétera). La comisión de este delito no incluye –aunque puede suceder– la posibilidad de eventuales alteraciones o modificaciones psíquicas que incidan en los sentimientos e instintos sexuales de la víctima a raíz del hecho, pero que no son consecuencias queridas ni previstas y aceptadas como posibles por el autor. Además de examinarse el objeto sobre el cual recae directamente la acción, deben verificarse las características que, según el tipo penal, deberá tener aquella. En los abusos deshonestos la acción, deberá ser simultáneamente “abusiva” y “deshonesta”, que son elementos normativo-culturales. Abusar deshonestamente –en el contexto del tipo penal y el bien jurídico tutelado– es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo (desde un punto de vista objetivo , pues basta con que el acto

sea objetivamente impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas en una cultura dada, siendo irrelevante que haya o no excitación o satisfacción sexual por parte del autor o que la víctima tenga o no conciencia de lo que el hecho significa) contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello de violencia corporal sobre la víctima (cuando ésta es incapaz de oponer resistencia seria, persistente, real o efectiva, sin que se requiera la resistencia heroica) o de intimidación (todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente impone), o de relaciones de autoridad, confianza, o superioridad derivadas de cualquier situación, o de la poca edad, inexperiencia, ignorancia o inadvertencia de la víctima o de su incapacidad física o mental para resistir. El autor, como se dijo anteriormente, usa el cuerpo de la víctima cuando ésta recibe sobre sí el acto del autor, o cuando ella actúa –por obra del agente– sobre su propio cuerpo, o sobre el del autor o el de un tercero. La repetición de actos deshonestos en ocasiones o con víctimas diferentes da lugar a un concurso de delitos. En los abusos deshonestos se tutela la esfera de reserva, decoro, pudor u honestidad sexual de las personas, contra las acciones que puedan lesionarla o ponerla en peligro. Por otra parte, el tipo subjetivo de este delito exige que el autor tenga conocimiento y voluntad de realizar los elementos, normativos y descriptivos del tipo objetivo. (cfr. de esta Sala, sentencia número 328 de las 09:45 horas de 28 de junio de 1996).

(...)

En este caso los jueces de juicio expusieron en forma correcta tales aspectos al indicar a folio 189 que: “Existen una serie de circunstancias que llevan a concluir inequívocamente, que el encartado sí lo hizo con conocimiento y voluntad, con dolo, para satisfacer un instinto sexual. Tenemos en primer lugar, que el acusado toca a la menor aprovechando la soledad, cuando no había nadie en el aula y segundo, que lo hace en una parte del cuerpo, que conforma la intimidad sexual del sujeto pasivo, que se considera íntimo para terceros. Lo anterior unido y como tercer motivo, que cuanto (sic) le toca las nalgas, inmediatamente después la agarra y le dice: ‘mi amor por qué se enoja’. Todo esto lleva a deducir, que el justiciable no estaba saludando a la ofendida, sino más bien, abusando sexualmente de ella. Mucho menos puede pensarse que le estaba pegando, porque como dijo K., GERARDO y SILVIA, el acusado no acostumbraba a pegarles a los estudiantes y menos de esa manera’. En efecto, la situación en que se desarrollan los hechos evidencian el carácter libidinoso de los actos del encartado, ya que el tocamiento se da en el aula de la escuela, en donde el encartado se encontraba solo con la menor ofendida y aprovechándose de su edad y de la figura que para ésta última representaba, al ser su maestro, la toca impúdicamente en un área íntima y privada de su cuerpo, como lo son los glúteos con su mano. No son de recibo para esta Sala, los argumentos del recurrente en el sentido de que la conducta del encartado carece

de una connotación sexual, por cuanto pese a lo dicho, los glúteos sí forman parte de una zona íntima y sexual, resultando que lo más lógico, racional y prudente es no tocar las partes culturalmente aceptadas como íntimas de una persona sin su consentimiento. En este caso no es aceptable la hipótesis del recurrente de que el tocamiento pudo obedecer a una forma de reprimenda, a una especie de saludo o un accidente, ya que obvia el recurrente que la ofendida, cuya versión le mereció absoluta credibilidad, declaró que el encartado le dijo “porque se enoja, mi amor”; no siendo ésta una forma apropiada de expresarse en un marco de una relación maestro – alumno”.

El legislador, al consagrar este tipo penal, quiso prohibir cualquier ejercicio de sexualidad en los menores de 14 años porque presume la incapacidad para la libre disposición sexual toda vez que ha valorado “que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva” .

Los actos sexuales cometidos sobre ese grupo poblacional afectan el desarrollo de su personalidad y pueden producir alteraciones importantes que incidan luego en su vida y equilibrio futuro.

La formación e integridad sexual resultan lesionadas porque la menor -de 8 años de edad- tiene el derecho a gozar de un

ambiente pulcro, limpio donde pueda evolucionar y disponer libremente de su sexualidad cuando adquiriera la mayoría de edad, sin intromisiones impropias que puedan alterarla. La intención del legislador fue prevenir el daño o el peligro de daño en el desarrollo del menor en sus funciones sexuales, pues en esa época se encuentra en desarrollo de sus etapas intelectual, afectiva y volitiva.

La libertad sexual de Patricia se vio claramente puesta en peligro en cuanto en estos casos se maneja la idea de indemnidad e intangibilidad, como criterio que da sentido a la prohibición penal

Recuérdese que en el Código Penal de 1980 el delito que ocupa la atención de la Sala se preveía bajo el título de “corrupción”, respecto del cual LUIS CARLOS PÉREZ señaló:

“Cuando el Código previene que sus disposiciones garantizan el correcto desenvolvimiento de la libertad y el pudor sexuales, indica un punto exento de dudas. La necesidad de proteger tales bienes surge de estos principios: las manifestaciones libidinosas en un menor, o en su presencia, o con su concurso, mayormente la iniciación del mismo en prácticas sexuales anormales, reducen su albedrío al colocarlo en un plano vicioso del cual no siempre logra salir. Las primeras experiencias son definitivas en el encauzamiento de los apetitos eróticos y cualquier indicación torpe es capaz de trastornar las futuras determinaciones en ese

campo”... Se casará la sentencia recurrida y, en su lugar, se confirmará en su integridad la de primera instancia que condenó a Rocha Segura por el punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

Así las cosas, debe ahora hacerse un análisis sobre las tres decisiones y los hechos más relevantes entre ellas y a continuación ha de demostrarse en éste primer ejemplo la tesis acerca de las consecuencias de la discrecionalidad judicial en el Derecho penal.

El ejemplo anterior de la jurisprudencia colombiana, pone de manifiesto varias cosas, la primera de ellas, es la posibilidad de que se produzcan varias interpretaciones, lo cual es natural en el seno del Derecho Penal, de no ser así, se rompería como ya fue anotado en el capítulo anterior, la posibilidad de la contradicción. No obstante una cosa es la diversidad de propuestas jurídicas sobre un mismo aspecto, y otra muy distinta que se tomen los mismos argumentos para “discrecionalmente” edificar un fallo. Debe resaltarse que las dos sentencias, tanto la que absuelve como la que condena, por los delitos aludidos, se basan o hacen referencia a la sentencia mencionada y explicada al principio de éste acápite, y según su argumentación y contenido para un magistrado de corte, su texto es suficiente para condenar y para otro en un mismo tiempo, contexto y lugar con diferencia de tan solo 4 meses y dentro de la misma corporación, la misma norma y la misma jurisprudencia, sirve de sustento para absolver.

No se entra a tomar partido acerca de si los “tocamientos” en zonas erógenas a un menor de edad constituyen actos sexuales abusivos con menor de 14 años o injurias por vías de hecho, según la legislación penal colombiana, y el principio de integración contenida en ella, lo que interesa es demostrar la tesis sobre la discrecionalidad y sus efectos en la administración de la justicia punitiva.

Adviértase que el contexto de los hechos en las dos sentencias es casi idéntico, niñas, menores de edad 8 y 9 años, el hecho consiste en “tocamientos” abusivos, pero la variación de ambas situaciones radica en el resultado de los argumentos de cada magistrado, pues los motivos argumentales son los mismos, lo que varía es que para uno las circunstancias constituyen injurias por vías de hecho y para el otro actos sexuales abusivos con menor de 14 años. Debe además relevarse el hecho de que los magistrados fallan en sala, esto es la decisión es coadyuvada por otros magistrados del mismo rango de jurisdicción al interior de la Corte-no fallan solos-. Vale la pena además anotar que ante éste caso la dogmática jurídico penal y todos sus constructos de años y dedicación se queda inerte, no puede intervenir, es letra muerta.

Así las cosas, se tienen tres fallos de la misma Corte, que en esencia tratan un punto específico del Derecho penal que no es otro que la adecuación típica, esto es la coincidencia del hecho con la hipótesis planteada por el legislador en la ley. En el primer caso la víctima es mayor de edad y sufre el vejamen de un comportamiento abusivo de parte del infractor de la ley, y las dos sentencias restantes en que la

misma actitud del victimario, se produce sobre menores de edad, con divergencia de posturas frente a las mismas normas. La consecuencia discrecional en éste caso es tan sencilla como que a la luz de lo que observa la sociedad en pleno, es que un sujeto que ha incurrido en una conducta similar a la de otro, goza de su libertad, mientras que el otro lleva consigo una condena que modificará radicalmente sus condiciones de vida, todo por el simple hecho de que el Derecho penal ha pasado por el cedazo de la discrecionalidad judicial.

Se observa además, desde el punto de vista dogmático y positivo que existe abundante legislación, en la medida en que un juez, a base del principio de integración de los tratados internacionales opta por dar prevalencia a la protección de los menores, mientras que el otro a base de principios no menos importantes, da prevalencia a la libertad del individuo.

4. La incidencia práctica de la discrecionalidad judicial en materia penal

4.1 La a-cientificidad del Derecho penal a consecuencia de la discrecionalidad

Cuando en el capítulo anterior se hacía referencia a la historia de Alicia en el país de las maravillas o al gato de Schröndinger, como semejanza a la función del derecho penal frente a la discrecionalidad judicial, se ponía de manifiesto teóricamente la situación que se ejemplifica en éste capítulo del trabajo. Lo primero que se demuestra

es la a-cientificidad del derecho penal como consecuencia de la discrecionalidad judicial, es de anotar que la ley no funge como objeto a adecuar en la jurisprudencia para proferir un fallo, sino que la ley ha sido creada hipotéticamente y su aplicación es profundamente aleatoria, el juzgador “salta” de un precepto a otro y de la protección de un bien jurídico a otro. Con lo anterior se puede afirmar que en términos prácticos, si la jurisprudencia no tiene claro que bien jurídico protege no está protegiendo ninguno.

Basta pues con la posibilidad de que ocurra una sola vez, para poner en duda el concepto de “ciencia” la inestabilidad en la aplicación de la ley es contundente, y por supuesto, no sería de recibo edificar un paradigma científico sobre cada una de las sentencias a sabiendas de que decisiones del mismo nivel y rango fueron falladas de otra manera. En éste sentido uno de los partidarios más acérrimos del derecho como ciencia, ha sido el filósofo Argentino Eugenio Bulygin quien manifiesta “Siguiendo a Aristóteles, entiendo por ciencia un conjunto de enunciados verdaderos y ordenados sistemáticamente, que nos transmiten conocimientos acerca de una determinada porción del universo. La ciencia jurídica no tiene por qué ser una excepción: es un conjunto de enunciados verdaderos acerca de este fenómeno complejo que llamamos Derecho. Su función es fundamentalmente descriptiva. En esto coincido con M. Weber, Kelsen y Hart. No cabe duda de que el Derecho está basado en valoraciones, pero no veo imposibilidad alguna en describir las valoraciones sin valorarlas. Más aún, estoy dispuesto a pensar que «ciencia no valorativa» es un

pleonasma y “ciencia valorativa” se acerca mucho a una contradicción en términos³³²”

Sin embargo ante la posibilidad manifiesta de la actividad discrecional de los jueces no le queda más que admitir, “Por supuesto, no todo lo que hacen los juristas, los jueces y los abogados puede ser calificado como ciencia. Pero en la medida en que describen el Derecho y no hacen valoraciones, su actividad es científica. Ciertamente, los abogados y sobre todos los jueces cumplen además funciones políticas. En el caso de los jueces esto ocurre sobre todo cuando el Derecho no contiene una respuesta unívoca a un problema jurídico; tanto en el caso en que haya más de una respuesta y éstas son incompatibles (antinomias o contradicciones normativas), como cuando el Derecho no contiene ninguna respuesta (lagunas normativas). También puede suceder que la solución que ofrece el Derecho esté formulada en términos vagos, de modo que no se sabe si el caso individual que tiene que resolver el juez está dentro o fuera del ámbito de aplicación de una norma general (casos de penumbra o lagunas de reconocimiento).³³³”

Ahora bien, si se observa directamente la jurisprudencia como objeto de estudio independientemente de la ley, teniendo dos argumentaciones válidas, suficientes,³³⁴ proferidas por el mismo

³³² BULYGIN, E.: “*Mi visión de la filosofía del Derecho*”. Ob. Cit. Alicante 2009. Pg.85-90.

³³³ BULYGIN, E.: “*Mi visión de la filosofía del Derecho*”. Ob. Cit. Alicante 2009. Pg.86

³³⁴ Cuando hago referencia a la suficiencia me refiero a que cada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, trae consigo una carga argumentativa sustentada en abundante doctrina nacional e internacional, la cual ha sido resumida en éste trabajo por razones de espacio.

organismo, justificadas, pero ante todo: Discrecionales; el magistrado no puede modificar la ley pero sí modifica por completo los términos de su aplicación. Concedores en teoría y en éste capítulo de ejemplos de la falla que produce la discrecionalidad es viable preguntarse ¿cuál es y en qué consiste la ciencia del Derecho penal? Preguntas ahora incontestables bajo el argumento único de la conciencia de la discrecionalidad judicial. No obstante, si se observa el derecho penal como conjunto “norma” se puede afirmar que existe una confusa visión de la realidad entre el “ser” y el “deber ser”, porque, si la jurisprudencia no interfiriera en el Derecho, no se presentaría ésta dicotomía, sin embargo el Derecho penal sin jurisprudencia sería inútil, no aplicable.

Si se aplican los conceptos más básicos de la metodología de la ciencia, se podría observar que tanto la ley como la jurisprudencia ni en la práctica ni en la teoría se presentan como “ciencia” sino como objetos de la ciencia, ello por que como se anoto en el segundo capítulo de éste trabajo, la construcción de la ley penal como objeto futuro y necesario para obtener organización y prevención de futuros comportamientos indeseados, debe ser abordada desde el lenguaje y toda la carga teórica que implica el constructo de un precepto que ha de ser entendido ética y unívocamente por un conjunto de personas en un lugar y tiempo determinados a consecuencia del rigor metodológico de un estudio político criminal, no es tarea de la tozuda “ciencia del Derecho penal” ni de la Dogmática contemporánea. Se puede pues observar, que a la hora de fallar discrecionalmente el juez, así como lo hace con la ley, lo hace con la dogmática, en un proceso inverso en el

que se pretende adecuando los hechos dentro del precepto y no el precepto en los hechos.

4.2 El derecho penal como orgánica y no como sistema de normas

Ahora bien, otra consecuencia de los juicios discrecionales que se ha querido demostrar en éste trabajo es que el sistema de normas pretendido se convierte en un espejismo ante éste fenómeno, aunque teóricamente sea más compleja su demostración, en la práctica de la jurisprudencia es, fácilmente, observable la a-sistematicidad que produce la discrecionalidad judicial en el derecho penal. Definitivamente no es un sistema aquel en el cual, tanto en la teoría como en la práctica es posible demostrar la falta de certeza entre relaciones; a saber, lo que genera punición en los casos traídos como ejemplo es la discrecionalidad de un juez o magistrado, no la ley, no el comportamiento, toda la estructura dogmática desde la conducta criminal –acción u omisión- la tipicidad –tipo objetivo y tipo subjetivo- la antijuridicidad y la culpabilidad, los principios rectores del derecho penal, las tesis normativas sobre la tentativa, la participación criminal y los concursos de tipos, etc, se desvirtúan a discreción del juez, demostrando su ambivalencia.

Claramente se puede sostener, que existen dos sistemas normativos, el del juez que condena y el del juez que absuelve. Lo que si queda claro como se ha sostenido desde un principio, es el comportamiento orgánico del Derecho Penal, cada juez funciona de manera

profundamente independiente, dando el significado que a él le parezca en virtud de la discrecionalidad; casualmente con los mismos argumentos teóricos, los hechos pueden decantar en decisiones judiciales diversas. La discrecionalidad judicial, convierte en un organismo asistemático e independiente cada despacho judicial, rompiendo cualquier intento de sistematización pretendido por la dogmática y por la doctrina universal.

Finalmente ante la pregunta por la legitimidad del derecho penal en su aplicación frente a los juicios discrecionales, se puede observar que lo legítimo de una decisión no encuentra sustento en la ley, ni siquiera por su rango, los jueces o magistrados en los ejemplos anteriores, manifiestan en sus decisiones la constitucionalidad tanto de la actuación procesal, como de la adaptación de su postura a lo que el universo de las normas positivas pretende. Por tanto no se puede considerar la legitimidad de ambas decisiones, ya que la exigencia primaria de un juicio de legitimidad es su uniformidad ante casos semejantes, epistemológicamente se rompería cualquier estructura lógica al pretender sostener que ambas decisiones son legítimas o que, una de ellas es ilegítima, porque ello decantaría en el favorecimiento de la otra y el contenido lógico de la afirmación es equivalente al absurdo.

5. Posición personal

5.1 La discrecionalidad como virtud Ética

5.1.1 Cuestiones previas

La gran diferencia en cuanto a la incidencia de la discrecionalidad judicial para el derecho penal con el resto del ordenamiento jurídico, reside en que la materia punitiva es estrictamente judicial, a diferencia de otras áreas del derecho como el derecho Civil, Laboral, Contencioso Administrativo o Comercial; al derecho penal le está vedada la resolución del conflicto entre pares, a través de figuras jurídicas como la amigable composición, la transacción o la conciliación extrajudicial. No es posible además constituir tribunales de arbitramento en materias punitivas so pena del resquebrajamiento de la política criminal del Estado.

Se ha sostenido a lo largo de éste trabajo, que la discrecionalidad judicial no se presenta en todos los casos en que un juez debe administrar justicia, sino puntualmente en aquellos de “penumbra”, toda la carga teórica asumida por el derecho general para dar respuesta a éstas zonas, se asume para el derecho penal, además de la carga jurídica de administrar justicia, con la carga de que todos los procesos penales han de ser resueltos por el juez.

Ahora bien, la problemática que ha puesto especialmente la doctrina en cabeza del juez procede en realidad de un objeto distinto de la

jurisprudencia, y por tanto la solución de completitud, exceso o interpretación debe obedecer a otro objeto. La discrecionalidad judicial es un problema del legislador por tanto el defecto de la ley le corresponde.

Si se atribuye al poder judicial la potestad de resolver los vacíos de orden legal, el retorno a la dictadura en cabeza ahora del juez será inevitable, como lo fue la dictadura en cabeza del gobernante/legislador durante la ii guerra mundial. Para el derecho penal y toda su construcción dogmática, resultará siempre ilegítimo completar por vía jurisprudencial aquello que la norma en el tipo no contempló, ya que el fallo en los casos de discrecionalidad, siempre se producirá con vejación de los principios de legalidad, tipicidad, lesividad y por supuesto de culpabilidad. Bajo la premisa de que solo es culpable quien conozca el supuesto de hecho contenido en la norma o tenga la posibilidad siquiera de comportarse de acuerdo con ese conocimiento. Así las cosas, aceptar la discrecionalidad judicial como ha sido aceptada por las corrientes de avanzada es aceptar el fin de todo fundamento político criminal del Estado.

En el capítulo precedente, se pusieron de manifiesto tres de las más importantes corrientes del neonaturalismo que han enfrentado directamente el problema de la discrecionalidad judicial, generando a la vez un sistema que permita dar legitimidad al derecho; de un lado la búsqueda de la completitud del ordenamiento jurídico, de otro lado la axiomatización del Derecho, y finalmente la argumentación jurídica. La primera postura apela sin duda a la exaltación de los principios

contenidos en normas de todo orden incluyendo la moral, la segunda postura a la hermeticidad del lenguaje y la tercera a las técnicas de la lógica filosófica, el lenguaje y la argumentación. No obstante como se anotó en el respectivo apartado, estos recursos no son suficientes para subsanar los inconvenientes demostrados a lo largo de éste trabajo por causa de la discrecionalidad judicial.

La base de la que partimos en la hipótesis de éste trabajo, es que la discrecionalidad judicial en el derecho penal, produce asistematicidad, acientificidad e ilegitimidad. Ello a través de la historia y las construcciones teóricas, permite establecer a lo largo de éstas líneas, que el Derecho penal se ha comportado como un organismo independiente en sus aristas y cuyos resultados se parecen a lo que los teóricos de la física suelen denominar “superposición,” término que en éste trabajo implica que pese a la preexistencia de las normas penales, hasta tanto el juez no dicte su veredicto final no es posible obtener el sentido del fallo y así mismo, explica cómo existen multiplicidad de respuestas a un mismo caso, que ante las falencias estructurales de la norma se presentan al tiempo. Ello es óbice para demostrar fácilmente la dicotomía entre el derecho penal que “es” y aquel que “debe ser” y su profunda divergencia.

5.2 El sucedáneo de la discrecionalidad en el ámbito del derecho penal

En éste estado del trabajo debe preguntarse desde una visión histórico-teórica ¿Cuál ha sido el sucedáneo utilizado en el Derecho penal en los casos de discrecionalidad judicial? Es decir, qué herramienta ha utilizado el juez penal para decidir allí, donde no hay derecho aplicable.

La pregunta es válida en la medida en que la discrecionalidad judicial genera para el Derecho penal ilegitimidad; máxime si, el criterio de ciencia en poco o nada aporta a resolver el conflicto; es mas, cuando se tiene en cuenta que el pretendido sistema de normas es un espejismo entre el derecho teórico y su aplicación práctica convirtiéndose en una *orgánica judicial* cuyo reflejo es la *superposición*, explicada anteriormente.

Se ha visto que éste sucedáneo ha estado representado en la historia del Derecho por teorías que van desde la adjudicación a la divinidad o a la racionalidad en el iusnaturalismo, la solución a través de la estructura piramidal de Kelsen, la regla de reconocimiento en el pensamiento de Hart, los principios y la moral en el pensamiento de Dworkin, hasta la lógica del discurso racional en Perelman y Alexy.

Así mismo se ha dicho que, resulta imposible desde las corrientes positivistas y desde la Dogmática dar respuesta al fenómeno, pues como ha quedado sentado, la aparición de la discrecionalidad es

consecuencia de la falla en el mismo sistema jurídico, y por ende, la solución no puede residir en él. El Derecho en su intención lógica no tiene la solución, sino que por el contrario refleja y produce el conflicto.

De otro lado las normas y los principios morales representan en su seno la misma problemática del sistema jurídico en cuanto al “pedigree” o escogencia de un principio sobre otro³³⁵, hay casos que el juez “Hércules” no podría resolver, porque el derecho penal en ese orden de ideas sigue incompleto; por eso con anterioridad se dijo que la postura de Dworkin en su obra “los derechos en serio”, es complementaria de las tesis Hartianas.

Ahora bien, el Derecho penal legitimado en los derechos humanos y en el bloque de constitucionalidad, no dejan de ser un coletazo del positivismo en pro de defender la institucionalidad por vía de legalidad. Al indígena Mapuche de la Sierra chilena, al indígena Cogui de la Sierra Nevada de Santa Marta en Colombia, a los brahmanes, los hindúes, o a los Islamitas, en poco y nada les ayuda la intrusión a la fuerza de un bloque de costumbres neo- occidentales, si lo que está en juego es su propia libertad y su vida.

5.3 El sucedáneo ético de la discrecionalidad como virtud

Una cosa es que la doctrina busque intensamente un sucedáneo para la discrecionalidad judicial, y otra es que lógicamente la

³³⁵ Cfr. CIANCIARDO, J.: “*El conflictivismo en los derechos fundamentales*”, Ed. Eunsa. Pamplona 2000.

discrecionalidad a través de la historia lo haya tenido. Todo parece indicar que ese sustitutivo ha sido de orden ético y su estructura se asemeja a lo que la filosofía denomina durante siglos una “virtud”.

En efecto, no se trata de elaborar en éste acápite un tratado sobre la ética y la discrecionalidad judicial, sino de demostrar cómo, pese a la persistencia de diferentes tesis y posturas, la legitimación del Derecho y de contera la solución a los juicios de discrecionalidad, terminan siendo un aporte de lo que la ética denomina la ética de los valores, la cual se decanta en la aceptación de “la discrecionalidad como virtud”.

Impulsada paulatinamente en la historia desde Grecia en filósofos como Platón quien en su “Gorgias” buscaba superar el hedonismo y la ley del más fuerte; posteriormente en el “Fedón” donde se evidencia la importancia de lo que existía tras la muerte para regular el propio comportamiento y, finalmente en la “República” donde aborda conjuntamente la ética individual y la ética pública en su teoría del Estado, la ética de los valores se ha erigido histórica y teóricamente marcando un derrotero particularmente aceptado hasta nuestros días.

La *Ética Nicomaquea*³³⁶ tal vez la obra ética más importante de Aristóteles, se basa en que todo ser humano busca la felicidad (ética eudemónica). Para él los seres naturales deben cumplir la función que les es propia, orientándose a realizar completamente sus potencialidades. El bien, es la perfección de un ser o la realización de sus capacidades “cumplir su función propia es aquello que solo él

³³⁶ Cfr. ARISTÓTELES.: “*Ética a Nicómaco*”. siglo V a. C. Universitat de València 1993.

puede realizar”. Por eso, la gran pregunta aristotélica es ¿cuál es el bien más alto y más perfecto de los que puede alcanzar el ser humano?.³³⁷

En la Edad Media, se destacan filósofos que dedicaron gran parte de sus obras a la ética, como san Agustín de Hipona³³⁸, ³³⁹ y santo Tomás de Aquino³⁴⁰ que en su Suma teológica, recoge numerosos elementos de la ética Aristotélica³⁴¹. En la Edad Moderna cabe destacar a Descartes en su Discurso del método³⁴², y en las meditaciones metafísicas³⁴³. Así mismo son de resaltar las obras de Baruch Spinoza³⁴⁴, David Hume³⁴⁵ y finalmente la revolución de la ética moderna en cabeza de Immanuel Kant³⁴⁶, ³⁴⁷ quien rechazó una

³³⁷ Ibídem

³³⁸ Cfr. AGUSTIN, de Hipona, Confesiones, Año 400 D.C. Publicación de las "Confesiones". De Trinitate (15 libros, concluida en el 416). Tomado de: <http://www.augustinus.it/spagnolo/index2.htm> fecha de consulta noviembre 13 de 2013.

³³⁹ Cfr. AGUSTIN de Hipona.: “*Principios de dialéctica*”, Grupo de traducción de latín, Universidad de los Andes, Bogotá 2003.

³⁴⁰ Cfr. DE AQUINO, T.: Francisco Barbado Viejo. “*Summa Theologiae*” 6 Vol. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 2010.

³⁴¹ Cfr. DE AQUINO, Tomás.: Eudaldo Forment. “*Obra completa*”. Biblioteca de Grandes Pensadores. Ed. Gredos. Madrid 2012.

³⁴² Cfr. DESCARTES, R.: “*Discurso del método*”. Traducción de G. Quintás. Ed. Alfaguara. Madrid 1981.

³⁴³ Cfr. DESCARTES, R.: “*Meditaciones metafísicas*”. Ed. Alfaguara. Madrid 1978.

³⁴⁴ Cfr. SPINOZA, B.: “*Obra completa*”. Biblioteca de Grandes Pensadores. Ed. Gredos. Madrid 2011, “*Ética demostrada según el orden geométrico*”, introducción, traducción y notas de Vidal Peña. Ed. Alianza. Madrid 1987

³⁴⁵ Cfr. HUME, D.: “*A Treatise of Human Nature*” (Fecha de publicación original 1740).. Oxford University Press, Oxford 1967.

³⁴⁶ Las tres obras sobre las cuales descansa la ética de Kant son: Fundamentación de la Metafísica de las costumbres, Crítica de la razón práctica y Metafísica de las costumbres. Kant se preocupó por buscar una ética universal en sus principios de la forma como lo hace la ciencia. Para construir éstos principio Kant dividió la ética en: éticas empíricas: las que le antecedían; y éticas formales: las formuladas por él.

³⁴⁷ KANT. E.: “*Crítica de la razón práctica*” (Kritik der praktischen Vernunft) (1788). Traducción de E. Miñana y Manuel García Morente, Ed. Espasa-Calpe, (2ª edic.) Madrid 1981.

fundamentación de la ética en conceptos distintos al imperativo moral³⁴⁸ mismo o deontologismo formal.

En la Edad Contemporánea a partir del siglo XX se destacan autores como, Max Scheler^{349, 350}, Alain Badiou³⁵¹, Richard Rorty³⁵², y en los últimos años, el filósofo escocés Alasdair MacIntyre³⁵³, quien ha sido utilizado en diversos sectores de la filosofía del derecho para hacer aportes al respecto de la discrecionalidad y la ética entre quienes se destaca Luis Vigo.

Así como han existido momentos históricos en la ética, a lo largo del pensamiento del hombre, se han logrado acuñar diferentes tesis y teorías que la identifican como un segmento o parte de la filosofía, así se suelen clasificar como ramas de la ética, 1 La meta -ética cuyos problemas son el ser y el deber ser, y la falacia naturalista; 2 La ética normativa en donde encontramos el consecuencialismo, la deontología y la ética de la virtud; y finalmente 3 la ética aplicada.

³⁴⁸KANT, E.: “*Metafísica de las costumbres*” (Metaphysik der Sitten) (1797). Ed. Tecnos, Madrid 1984, 1989, 1994.

³⁴⁹ Cfr. SCHELER. M.: “*El formalismo en la ética y la ética material de los valores*”, Ed. Caparrós, Madrid. 2000.

³⁵⁰ Cfr. SCHELER. M.: “*La esencia de la filosofía y la condición moral del conocer filosófico*”, Ed. Nova, Buenos Aires, 1958.

³⁵¹ Cfr. BADIOU. A.: “*Lógicas de los mundos: el ser y el acontecimiento*”. Buenos Aires: Manantial. 2008

³⁵² Cfr. RORTY. R.: “*Una ética para laicos*”, Buenos Aires/Madrid, Katz editores S.A, 2009

³⁵³ Cfr. MACINTYRE. A.: *Historia de la ética*. Ed. Paidós Ibérica, 2006

5.4 El problema de la discrecionalidad como virtud en el Derecho penal contemporáneo

Las divergencias sin límites entre naturalistas y positivistas al respecto de la discrecionalidad para el caso especial del derecho penal, le han puesto en el lugar de una virtud.

Si se toma de la historia y de las diferentes posturas filosóficas doctrinales contradictorias entre sí, las concepciones de virtud, se puede obtener un concepto lo más uniforme posible que permita demostrar la anterior aseveración, siempre y en todo caso teniendo en cuenta lo anotado por Paolo Tejada. En efecto, “(...) la confusión terminológica actual, dentro de la denominada “Ética de la virtud”, ésta es definida de formas muy variadas: “rasgo del carácter”, “devoción”, “visión”, etc. Una de las mayores dificultades estriba en articular una concepción fidedigna de virtud. Pero a pesar de todas las diferencias, es innegable el hecho de la recuperación del interés por la virtud y el lugar que ocupa en el comportamiento humano”³⁵⁴ y añádase en éste caso la discrecionalidad del juez penal.

La discrecionalidad judicial en el Derecho penal, en el trazado de su historia, ha sido resuelta en la práctica a partir de juicios de carácter

³⁵⁴ TEJADA, P.: “*El debate deber-virtud (ii) el concepto de virtud*”. Parte de la Tesis doctoral presentada en la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra, en 2004. Disponible en: www.unav.es/tmoral/virtudesyvalores/vgeneral/ddv2.pdf. Fecha de consulta abril de 2012. Pg. 5

ético, entendida ésta de manera muy diferente a la moral. Por ello, según Rodríguez Aguilar³⁵⁵,

“1. Lo moral es diferente de lo ético (o no moral) principalmente porque lo primero no implica un interés particular, mientras que lo segundo, sí. 2. La perspectiva moral es imparcial y es indiferente a los deseos y propósitos de seres individuales. 3. Lo moral en cuanto tal se abstrae de circunstancias y características particulares en función de su carácter universal capaz de establecer normas válidas para cualquier situación moralmente similar, 4. El agente moral parte necesariamente de la aplicación racional de un principio imparcial por lo tanto sus motivaciones son totalmente distintas de las motivaciones privadas (éticas) de los individuos para actuar pues estas últimas se guían por inclinaciones sumamente variables que, en todo caso, escapan al análisis sistemático de la filosofía”.

Lo anterior es indicativo de que es posible encontrar algunas diferencias no tangenciales entre lo ético y lo moral, sin desligar la una de la otra definitivamente, en especial en lo que atañe a la denominada ética de la virtud.

Según la doctrina filosófica antes citada³⁵⁶, las principales tesis de la ética de la virtud son básicamente tres: la primera de ellas consiste en centrar la filosofía moral en el estudio de la virtud y no sobre los deberes morales concretos; la segunda para la cual la virtud es la que

³⁵⁵RODRÍGUEZ AGUILAR, M del C.: *“Sobre ética y moral”*. Revista Digital Universitaria. Madrid. 10 de marzo. Volumen 6 Número 3, 2005. Pg. 4.

³⁵⁶ En particular los estudios de la ética de McIntyre, Scheler y Rorty.

determina la rectitud de las acciones morales pues se constituye en el antecedente de lo que debe considerarse como un acto bueno; y finalmente la tercera que finca sus expectativas en el sujeto que actúa y en la materialidad del acto adelantado por él, por esto la preocupación especial de la formación del carácter moral que sustenta y es causa de las buenas conductas.

Lo anterior se desprende de las posturas que se expondrán a continuación.

En efecto, para Aristóteles una acción es éticamente correcta, si realizarla es propiedad de la acción de una persona virtuosa, por eso, entiende por virtud "...un hábito selectivo, consistente en una posición intermedia para nosotros, determinada por la razón y tal como la determinaría el hombre prudente. Posición intermedia entre dos vicios, el uno por exceso y el otro por defecto. Y así, unos vicios pecan por defecto y otros por exceso de lo debido en las pasiones y en las acciones, mientras que la virtud encuentra y elige el término medio. Por lo cual, según su sustancia y la definición que expresa su esencia, la virtud es medio, pero desde el punto de vista de la perfección y del bien, es extremo."³⁵⁷

Aristóteles en su obra, diferencia dos tipos de virtudes, las éticas y las dianoéticas o intelectuales. De acuerdo con su *Ética a Nicómaco*, la finalidad del hombre es ser feliz (eudemonismo) esa felicidad se logra mediante una propiedad del alma sustentada en la virtud "areté" que

³⁵⁷ ARISTÓTELES.: *"Ética a Nicómaco"*..., Ob. Cit. Madrid 1989. libro 2, Núm. 6

significa “excelencia”. Esta virtud, no nace en el hombre sino que a través del hábito se hace virtuoso y la virtud es el término medio entre dos extremos o vicios, la verdadera medida está en el medio, ésta es la perfección que solo se encuentra en la virtud. "En relación con el dar y recibir dinero, el término medio es la liberalidad, el exceso y el defecto son, respectivamente, la prodigalidad y la tacañería" ³⁵⁸

Ahora bien, según Kant en una visión contraria a la de Aristóteles y Santo Tomás y con una base profundamente moralista, sostendrá que la virtud ha de ser entendida como “resistencia o fortaleza moral contra los enemigos de la intención pura, es decir contra las pasiones”³⁵⁹. Las inclinaciones naturales, los afectos y las pasiones, según lo anota Paolo Tejada³⁶⁰, “deben ser rechazados de plano como elementos distorsionantes de la rectitud moral. La ética kantiana no piensa en una integración de éstas en la racionalidad, sino más bien en apartarlas totalmente del actuar moral.”

5.5 La discrecionalidad del juez penal como virtud artificial del Derecho

Todo apunta, entonces a establecer por la lógica de los conceptos que el sucedáneo del defecto legislativo-normativo ha sido siempre de orden ético y que el derecho penal ha edificado sobre el concepto de discrecionalidad una virtud. Pero ha de anotarse, que ésta virtud en

³⁵⁸ ARISTÓTELES.: “*Ética a Nicómaco*”..., Ob. Cit. Madrid 1989. Libro 7, Núm. 10

³⁵⁹ RODRÍGUEZ LUÑO, A.: “*La scelta etica. Il rapporto fra libertà e virtù*”. Ed. Rizzoli Libri. Milán 1987. Pg. 111.

³⁶⁰ TEJADA, P.: “*El debate deber-virtud (ii) el concepto de virtud...*” Ob. Cit. Navarra, 2004 Pg. 2

donde el juez crea el derecho a partir de un no-derecho, es sintética o artificial no nace como la justicia y su imperativo, sino que es producto –valga la redundancia- de un producto artificial de la razón humana denominada “Derecho”. Lo anterior permite compartir parcialmente lo anotado por L. Vigo: “Esa moralización, eticidad, principialismo, constitucionalización o humanización del Derecho no sólo ha puesto en crisis el juridicismo del modelo decimonónico sino también a su misma teoría jurídica interpretativa, que postulaba jueces inanimados sometidos a la única solución prevista en la ley que debían aplicar dogmática y silogísticamente a cada caso. Roto el espejismo jurdicista se advierte que el Derecho es indisolublemente ético y que la alternativa de su “purificación” supone desfigurarle hasta hacerlo irreconocible o asumir el riesgo de su deshumanización”.³⁶¹

Lo anterior, no por casualidad sino por necesidad, armónicamente coincide con lo manifestado por Hart en el concepto del derecho³⁶² cuando manifiesta que “...en este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de legislativa a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de

³⁶¹ VIGO, R.L.: “*Ética judicial e interpretación jurídica...*,” Ob. Cit. Madrid 2006. Pg. 275

³⁶² HART, H.L.A. “*El concepto de derecho...*,” Ob. Cit. Buenos Aires: 1968. Pg. 253.

la decisión”. Se debe tener en cuenta que tanto para Vigo³⁶³ como para Hart, se pone de manifiesto una eticidad deontológica, no valorativa.

Según Vigo “Precisamente frente a esa inevitable discrecionalidad uno de los remedios lo constituye la ética judicial”³⁶⁴, basado en Atienza³⁶⁵ y MacIntyre, Vigo asume que la ética del juez reside en “el buen juez” o el juez virtuoso, haciendo tránsito de la ética deontológica a la valorativa. Sin embargo a diferencia de Vigo, Insisto, no es que la ética surja como la pomada que sana los problemas de ilegitimidad producidos por la discrecionalidad, sino que es el único medio plausible que históricamente incide a la hora de resolver la litis en los eventos de indeterminación del derecho. En el mismo sentido se pronuncia Andrés Ibañez³⁶⁶ cuando afirma: “la legitimación del juez es legal, pero la forma necesariamente imperfecta en que se produce su sujeción a la ley, tiñe de cierta inevitable ilegitimidad las decisiones judiciales, en la medida en que el emisor pone en ellas siempre algo que excede del marco normativo y que es de su propio bagaje; creo que una última exigencia ética dirigida al juez de este modelo constitucional es que debe ser muy consciente de ese dato, para ponerse en condiciones de extremar el (auto) control de ese plus de potestad de decidir” para Andrés Ibañez, pues, el juez es el que debe

³⁶³ VIGO, R.L.: “*Ética judicial e interpretación jurídica...*,” Ob. Cit. Madrid 2006 Pg. 278

³⁶⁴ *Ibidem* Pg. 276, 277, 278.

³⁶⁵ ATIENZA, M.: “*Virtudes Judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de derecho*”, en: “*Jueces y Derecho*”. Ed. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F 2004. Pg. 153. Y Cfr. ATIENZA, M.: “*Ética judicial, en Cuestiones judiciales*”, Ed. Fontamara. México D.F 2001.

³⁶⁶ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: “*Ética de la función de juzgar Ética de las profesiones jurídicas*”, Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid 2001.

maximizar su postura ética en el momento del fallo allí, dónde no hay derecho aplicable. Posición que no se comparte por las razones que se exponen a continuación.

A ésta postura que engloba el pensamiento ético moderno y su relación con el Derecho, se le puede criticar por lo siguiente: si la discrecionalidad del juez se presenta ahí precisamente dónde no hay Derecho, tampoco podemos hacer un juicio de exigibilidad ético al juez puesto que no se sabe si está siendo ético, nadie sabe en los casos de penumbra cual debe ser la solución y, por tanto, cualquier decisión que adopte el juez, estará lejos de toda ética deontológica conocida y sus virtudes como lo afirma Hart. No es un asunto ético -deontológico, es un problema de ética valorativa en virtud de la cual, el centro del debate es la discrecionalidad que se convierte paulatinamente en una virtud.

El juez es juez, cuando aplica el Derecho o hace parte de él, allí es aplicable su ética deontológica, pero donde no hay derecho, ¿se puede llamar a esa persona juez y aplicar todo el peso de la ética deontológica en su actividad extrajurídica?

Lo anterior significa que la discrecionalidad, se ha convertido *per-se* en virtud, que subyace cuando la norma no existe, está incompleta o es contradictoria entre sí; es decir, cuando el juez debe actuar discrecionalmente.

Cuando la ley penal proscribiera que podrá o tendrá el juez la posibilidad de (...) no está simplemente dejando al arbitrio de un hombre “bueno” por sus virtudes éticas y extrajurídicas la vida, libertad, honra, bienes de un ser humano, su familia y el impacto de la pena en la sociedad. El Derecho penal considera la pre-existencia de la virtud discrecional en un hombre llamado juez que con base en ella es el amo y señor de todo lo anterior. Un hombre que tiene en sus manos la vida o la libertad de otro, cuando, no hay norma aplicable para definir su destino, no puede ser catalogado sino como virtuoso, mas no por su bondad o su criterio imperfecto entre el bien y el mal, sino por su discrecionalidad.

Cuando Hart considera que en los casos de discrecionalidad el juez debe actuar con eticidad dentro de las virtudes de “imparcialidad y neutralidad” lo que da es tono a ésta virtud que pese a no haber sido aceptada hasta ahora como tal, aplica en el Derecho y ha sido la base de la contienda entre positivistas y naturalistas desde antaño y ahora.

El problema, entre naturalistas y positivistas, por tanto, reside en el concepto y límites que ha de darse a la discrecionalidad como virtud aceptada por todos, así el juez que argumenta de manera metódica según Alexy, el juez Hércules de Dworkin; o el juez ético deontológico de MacIntyre, Vigo, Andrés Ibáñez, y finalmente el juez axiomático de Ferrajoli dentro de su propio metalenguaje lógico, son jueces que ineludiblemente deben gozar de la virtud de ser jueces discrecionales. Lo que han hecho estas distintas posturas es justificar en qué consiste

la virtud de la discrecionalidad y ello engloba tanto a los positivistas como a los naturalistas.

La discrecionalidad es la virtud que se puso en cabeza de todos los jueces cuando se separan los poderes del Estado, de allí que la legitimidad de la sentencia extralegal dependa exclusivamente del juez discrecional, un juez sin la potestad discrecional en los casos de vacíos, lagunas o múltiples interpretaciones es el espejo de un legislador al que no se le puede exigir por obvias razones, la completitud en el proceso de elaboración de la ley.

5.5.1 Límites del juez virtuoso discrecional en materia penal

Entendida la discrecionalidad como virtud, es menester señalar sus límites que no son diferentes a los señalados dentro del concepto de ética a las demás. Partimos de la base de que la discrecionalidad como concepto ético corresponde al ejercicio de una actividad propia e individual, que debe ser interiorizada por el sujeto el cual es obligado a actuar de conformidad con dicha actividad, así el juez en principio no es legislador y tampoco le corresponde administrar el Estado. Por tanto no le corresponde éticamente aumentar o disminuir lo dicho en la norma penal y mucho menos limitar los bienes jurídicos a proteger, como en los ejemplos traídos en el primer acápite de éste capítulo.

De tal suerte que cuando los hombres hacen virtuoso al legislador para prever el futuro con la elaboración de los tipos penales, crean un juez cuya virtud no se encuentra en la subsunción de los hechos en la

norma, de allí los grandes debates de mediados del siglo XX, el juez se hace virtuoso precisamente donde no hay norma aplicable. Tan meta/teórico resulta lo primero como lo segundo.

Ahora bien, la postura aquí asumida dista de la de L. Vigo y de la de R. Dworkin en el sentido en que ellos ven al juez como un ser deontológicamente ético, es decir un buen hombre conocedor de su trabajo, un Hércules capaz de aplicar un método infalible y aplicable a todos los casos. Aquí no obstante se ve a un juez que, allí donde no hay derecho, se le ha puesto en condiciones de ser discrecional sin importar si conoce o no el derecho, pues en los casos bajo examen de la discrecionalidad no hay Derecho aplicable, y por supuesto que el Derecho tiene lagunas que han sido cubiertas por la potestad virtuosa que se puso en cabeza de los jueces. A diferencia de Hart y el positivismo a raigambre, aquí se considera no simplemente un juez discrecional que llena lagunas, conducta por demás antidemocrática, sino un juez que debería remitir legítimamente al legislador la solicitud sobre la respuesta de la completitud del Derecho, o abstenerse de administrar in-justicia allí donde la democracia no se lo permite; sin embargo se ha puesto en su cabeza la posibilidad de crear el Derecho con la jurisprudencia, atribuyéndole como virtud la potestad de crear el derecho penal ex post, contradiciendo con criterios éticos, las construcciones teórico-dogmáticas y, en particular los principios rectores de la actividad penal como lo son la reserva o legalidad, la lesividad, la taxatividad y la culpabilidad.

Es tan poderoso el concepto esgrimido, que la discusión jurídico-penal ha traspasado los límites de la imposición de la pena, en especial en los países latinoamericanos.

El positivismo y la dogmática en ámbito del derecho penal son muy distintas frente a éste criterio con otros sectores especiales del Derecho, cuando ese semi-dios virtuoso por su discrecionalidad llamado juez tiene en sus manos la libertad de otro hombre, pues él no es igual en su actividad que cuando resuelve la litis por la partición de la herencia yacente o la adjudicación de un inmueble en propiedad; la sujeción a la ley en materia penal sin sonrojo alguno debe ser estricta y su jurisdiccionalidad también, como lo anota Ferrajoli. No obstante, ha de anotarse frente a la postura del profesor italiano que lo que hacen las corrientes neonaturalistas es matizar la virtud discrecional.

De ésta manera, indefectiblemente en materia penal, el juez constitucional no puede ampliar o restringir la norma de motivación, pues ella como garantía de no punición a través de la motivación negativa, exige el conocimiento previo ex -ante de aquellos actos susceptibles de punición. De acuerdo a la prevención y la retribución, el Derecho penal no cumpliría su función en caso de punir hechos no contemplados en la norma, en ese orden de ideas, el Derecho Penal es perfectamente estéril.

En el desarrollo de éste trabajo se ha puesto de manifiesto lo que se ha denominado la “superposición” en las normas. En el derecho penal jamás debería ocurrir que un individuo que enfrenta un proceso penal,

no tenga la certeza de cuál será el alcance de la decisión final del juez, (excluyendo de éste concepto claro está el debate probatorio). Es curioso que el juez tampoco sepa en los casos de penumbra entre diferentes soluciones cual será la adoptada, pese a que en otros campos del derecho ello es posible, como en el derecho civil de los contratos, o en la legislación de familia o agraria, pero en materia punitiva la superposición es repugnante a todos los criterios.

Por ello debe admirarse en el pensamiento de Beccaria doscientos cincuenta años después lo enunciado con anterioridad, cuando proclamó el estrecho margen asignado al juez, con el propósito de no caer en la trampa de atribuir una virtud tan peligrosa como la discrecionalidad al sujeto que pone fin a la cadena punitiva del Estado.

Por tanto en los casos de vacíos o lagunas, el juez virtuoso debe remitir sin duda al órgano legislativo sus inquietudes, para que éste dentro de su función, reglamente de forma clara y expresa el contenido de la norma positiva cuyos destinatarios deberán conocerla en su totalidad y actualidad. En pro de administrar justicia, no puede el juez llenar vacíos o limitar lagunas so pena de la auto-destrucción de todo el constructo jurídico-penal.

Queda por tanto la labor discrecional del juez virtuoso estrictamente en el campo de la preferencia de normas, donde la democracia, insta al legislador a contemplar hechos punibles futuros en pro de la salvaguarda del orden del Estado, abriendo la única puerta al juez que debe aplicar para el caso la norma y legitimando su decisión a partir

de la discrecionalidad como la virtud que hace de él un buen juez, según la experiencia precedente centrada en la decisión que contempla la norma y con base en los principios rectores de la norma penal.

6. Conclusiones:

De acuerdo con la hipótesis planteada en éste trabajo se ha logrado establecer de qué manera incide la discrecionalidad judicial en el Derecho penal, puntualizando específicamente que esa incidencia decanta en la a-sistematicidad, la ilegitimidad y la a-cientificidad pretendidas en él.

La demostración de la incidencia de la discrecionalidad judicial en el Derecho penal en éste trabajo, parte de una aproximación a la definición de dicho concepto desde la teoría general del Derecho, en dónde se ha concluido que el mismo, consiste en la toma de una decisión judicial futura pero indeterminada, debido a que en el mundo real es imposible prever cuando, dadas las circunstancias antinómicas, no reguladas o extensamente reguladas, el juez encontrará un margen de movilidad no reglado.

Este concepto ha sido contrastado en éste trabajo con lo que los teóricos han denominado como, “el sistema de normas,” “la ciencia” del Derecho y la “legitimidad” dando como resultado que en aquellos casos donde se presentan zonas de penumbra los tres conceptos

antedichos pierden su esencia. Por lo anterior se ha llegado a las siguientes conclusiones:

Primera: La discrecionalidad del juez parte del mismo concepto de Derecho y de la discusión iusfilosófica entre el positivismo teórico del derecho contra el iusnaturalismo, tanto en sus versiones primigenias teológica y racional, como en las versiones neonaturalistas propuestas a mediados del siglo XX.

Segunda: La aceptación de la discrecionalidad en el positivismo, tiene como base la ineludible indeterminación de la construcción legislativa, que se produce por falencias en su proceso creativo dada la imposibilidad de concretar en la ley la totalidad de los hechos futuros, lo que a la postre genera vacíos y lagunas en su contenido los cuales deben ser llenados por el juez.

Las consecuencias mediatas de ésta situación recaen sobre la legitimidad del Derecho, dada la contradicción y la imposibilidad de ajustar en un sistema de normas coherente la actividad discrecional del juez, ello es óbice para que el criterio científico del derecho se relativice de tal forma, que bien puede ponerse en duda si el derecho ante tal situación es o no una ciencia.

Tercera: Las respuestas neoteóricas de mediados del siglo XX han consistido en el ataque al positivismo, tratando de contrarrestar con propuestas ya esgrimidas en el Derecho natural de antaño pero con sustentos iusfilosóficos distintos como la moral, la ética y la retórica

(argumentación), los *defectos* aludidos contra el Derecho que fuera aparentemente indestronable basado en la voluntad popular y contenido en la ley el cual dio origen a las corrientes positivistas. Entre ellos el que nos interesa en éste trabajo: la discrecionalidad judicial.

De lo dicho entonces se puede colegir que la conciencia de los juicios discrecionales, ha estado latente en todas las corrientes del Derecho penal y es a partir de ella y de su control, que se han elaborado todas las construcciones dogmáticas.

Cuarta: Además las posturas contemporáneas en el ámbito del Derecho penal asumen una postura *ius* positivista frente a la discrecionalidad, considerando para su control el fortalecimiento del sistema de normas. Las distintas elaboraciones legitimantes, del Derecho penal contemporáneo, como el bien jurídico, la protección de la norma y el garantismo, refuerzan los criterios positivistas de vinculación legitimante en el sistema normativo, pese a la inclusión en sus doctrinas de conceptos neonaturalistas.

También, el proceso de legitimación es un proceso ético no jurídico ni moral. Legitimar el derecho implica un proceso consensuado que parte de valores subjetivos.

Quinta: Así mismo, la discrecionalidad judicial en el derecho penal, se presenta como talanquera entre el ser y el deber ser del derecho, lo que se ha entendido durante siglos como sistema normativo, por causa y con ocasión de la discrecionalidad judicial, se convierte -en los

casos y zonas de penumbra- en orgánica del derecho, de tal forma que al haber órganos independientes que fallan de manera distinta casos similares, desfiguran el pretendido constructo del derecho denominado “sistema de normas”.

Sexta: De igual forma, la legitimidad y científicidad del derecho penal en la visión contemporánea basan sus expectativas en la lógica del sistema normativo. La discrecionalidad judicial fisura el sistema normativo y por ende pone en riesgo la legitimidad del derecho penal y presenta al derecho no como ciencia sino como objeto de la ciencia particularizando como objetos distintos la jurisprudencia y la ley. No es posible vincular dentro del mismo concepto “derecho penal” la ley y la jurisprudencia como “normas” de un mismo sistema, porque la discrecionalidad subyacente en la jurisprudencia hace de ella un concepto variable mientras que la ley es un concepto constante.

Es más, dada la raigambre positivista del Derecho penal contemporáneo, apegado a la dogmática y a la construcción de conceptos, las tesis neonaturalistas que pretenden sufragar los problemas de discrecionalidad en el derecho, no encuentran cabida en el derecho punitivo. Los esfuerzos de la Dogmática contemporánea siguen enfocados en establecer un sistema normativo de corte legalista, que controle la discrecionalidad de los jueces penales.

Séptima: También se ha demostrado que la discrecionalidad judicial se puede mitigar mediante la adopción de diferentes teorías neonaturalistas basadas en principios, normas morales y éticas, amén

del empleo de la técnica del discurso argumentativo y las tesis lógicas. No obstante las tesis naturalistas enfrentan al igual que el positivismo el fenómeno acuñado en éste trabajo al cual se denomina como superposición como símil de la teoría de la física cuántica. Ante el fallo que en el positivismo debiera ser discrecional, se abren un sinnúmero de posibilidades que se convierten en derecho solamente cuando el juez ha emitido su decisión; hasta antes de emitir se tiene una decisión jurídica/no jurídica al tiempo, y esto, como consecuencia conlleva sin lugar a dudas a la ilegitimidad en el Derecho penal.

Octava: La principal razón por la cual los tres conceptos adoptados desde antaño por el Derecho Penal –sistema, ciencia legitimidad- quedan en entredicho por obra de la discrecionalidad, se explica a lo largo de éste trabajo, puntualizando en que no es un sistema aquel en el cual una buena parte de sus elementos es “desconocida, futura e incierta”, y otros, se comportan de manera autónoma, asemejándose más a organismos independientes.

Ha quedado sentado pues, a lo largo de éstas líneas que un sistema es: la célula como bien lo definen Maturana y Varela, así mismo es un sistema la sociedad como bien -valiéndose de los anteriores- lo anota Luhmann y así mismo el Universo frente a lo expuesto por Newton y Einstein; el Derecho es un constructo que se crea al son de la necesidad, los anteriores ejemplos de lo que es verdaderamente un “sistema” “son”, están allí, no tienen que ser creados a voluntad, así la célula, el Universo, o la sociedad.

Estas circunstancias además, conllevan a la duda acerca de cualquier intento de cientificidad del mismo. Es posible entonces, que los jueces fallen casos temporo-espacial y probatoriamente idénticos de manera distinta, así mismo es posible que los jueces completen el texto legal o que elijan libremente, que norma –entre varias posibles- rige el destino de su propio proceso. Así, ni la sociedad, ni el legislador saben en definitiva cuál es el destino de un proceso penal.

Así las cosas, a lo anterior no se le puede llamar “un sistema legítimo” en el contexto de lo que el mismo Derecho ha denominado legitimidad, pues pese a los esfuerzos teóricos traídos a éste trabajo que han enfilado sus mejores intentos para demostrar los puntos de legitimación del Derecho, tales como la axiomática, la argumentación, la completitud del Derecho; ha quedado claro que hasta tanto no se resuelva la incidencia de la discrecionalidad en el Derecho penal, éste se presentará como ilegítimo y tal vez la mejor referencia a ello, sea la descripción que F. Kafka hiciera en su conocida obra “*El proceso*”.

Novena: Para el derecho penal los efectos frente a éste fenómeno son especiales e ineludibles, porque queda así mismo sentado, que en otras jurisdicciones la justicia entre partes es posible, la dinámica del Derecho en otros ámbitos puede, sin más, excluir la figura del juez. En el Derecho penal sin embargo, no es posible excluir al juez, la característica de judicialidad del Derecho penal y la necesidad de la permanente intervención judicial, hacen que en el Derecho penal las zonas de penumbra y la discrecionalidad sean una constante.

Todo lo anterior muestra que ese “sistema” -sintético o artificial- creado a voluntad del hombre, ha puesto en cabeza del juez una virtud que emerge de sus momentos potestativos en los casos antedichos. El juez simplemente, en donde no hay Derecho, es un hombre virtuoso que tiene el omnipotente poder de jugar a ser Dios, porque allí donde no hay democracia, argumento, moral, ética deontológica o constitucionalismo que valga, se constituye en cabeza del juez una nueva forma de dictadura que de antaño ya estuvo en cabeza del gobernante y posteriormente del legislador.

Décima: El recorrido histórico y teórico del actual Derecho penal muestra, que la batalla ideológica iniciada por Beccaria con el propósito de limitar el poder del juez ha sido una constante en todas las construcciones dogmáticas, sin embargo la respuesta sobre las zonas de penumbra y la intromisión de un juez omnipotente, sigue latente en todas las estructuras punitivas que hasta ahora no han podido dar una respuesta satisfactoria a sus momentos potestativos. El término sistema y la inclusión del Derecho como ciencia, parece ser imperativo en toda la historia del Derecho penal, sin embargo, ello no ha sido posible.

Para finalizar, valga la pena el siguiente símil, para establecer las conclusiones obtenidas al respecto y dejar sentada la base de la discusión.

Antes de que Maturana y Varela, utilizaran el término “sistema” acuñado posteriormente por Luhmann para las ciencias sociales, la

física del movimiento liderada históricamente por Galileo, se había preguntado sobre la verdadera razón por la cual, el Universo aparentemente constituía un “sistema”. La cuestión partió de la perenne duda acerca de la simetría que mantiene la materia en un constante, y a la vez, inevitable movimiento.

Así, físicos de la talla de Isaac Newton en su *principia matemática* y Albert Einstein con las teorías de la relatividad general y la relatividad especial, paulatinamente y mediante la observación y la demostración de hipótesis matemáticas, encontraron y describieron diferentes elementos que dan razón de ser al movimiento y a la manera como está construido ese “sistema” llamado Universo.

Si bien Galileo por la escasez de recursos de su época, no alcanzó a ser consciente de la forma como la gravedad afecta la conformación del sistema del Universo, Newton con posterioridad logró establecer cómo éste fenómeno incide de manera definitiva en las relaciones espacio-tiempo de la materia en su constitución. Sin embargo, no fue sino hasta que Einstein demostrara las relaciones espacio-tiempo y gravedad-materia, para que se completara parcialmente una teoría general acerca de la forma como funciona el Universo.

Sin duda, la demostración empírica de las hipótesis y teorías acerca de la física del movimiento clásico y Universal, han permitido a la física hablar de un “sistema” y de contera éstas construcciones sistémicas posicionan éste conocimiento dentro del margen de la ciencia. Sin embargo de convivir con la constante duda del paso siguiente acerca

de sus afirmaciones, la física en la misma medida en que demuestra construcciones sistémicas, demuestra su científicidad.

Con posterioridad a Einstein, físicos relevantes como Peter Higgs y Stephen Hopkins han trabajado en la misma línea de pensamiento en procura de establecer cuál es esa norma que mantiene la estabilidad del sistema del Universo. Sin embargo de lo anterior, la física aún hoy se sigue preguntando ¿cuál es el principio de cohesión del Universo? O en otras palabras, ¿cuál es la norma general que ordena sistemáticamente la materia para construir lo que conocemos como el Universo?

En el Derecho penal, las dudas acerca del “sistema” y de la gran norma Universal han querido ser similares, no obstante en éste constructo hay algunas falencias. La primera de ellas, radica en que el “sistema” en el Derecho es artificial, a diferencia del sistema físico del Universo en donde se demuestra lo existente y sus características, en el Derecho la pretensión es construir ese “sistema” junto con sus características. La segunda deficiencia se concreta en que las leyes que rigen el Universo son inmutables, por ejemplo, en tratándose de la gravedad, ésta fuerza seguirá derribando aviones sin importar cuantas víctimas ocasionen sus efectos. En el Derecho de hoy la premisa epistémica de la legitimidad, se constituye prácticamente en su razón de ser generando la mutabilidad permanente a la sazón de la legitimación.

Ahora bien, la relación entre los contenidos científicos entre la física y el Derecho, parte de la base de lo que “es” frente a lo que “debe ser” en tanto el universo es un sistema, el Derecho pretende –debe- ser un sistema. Cabe entonces la pregunta ¿Por qué comparar en éstas conclusiones el sistema físico que rige el movimiento del Universo con el Derecho y en especial con el Derecho Penal?

Pues bien, los teóricos del Derecho, en sus pretensiones han elaborado un constructo al que imperiosamente deben dar las características de un sistema, porque ello permite la homogeneidad de criterios, la uniformidad en su aplicación, y por sobre todo, la anticipación a los sucesos. En el Derecho penal la necesidad de lo anterior se ha demostrado en éste trabajo, con los imperativos del principio de Legalidad y la categoría dogmática de la tipicidad y su función “sistematizadora”.

Sin la concreción de éste sistema, resulta imposible, como se demostró, que se hable en el Derecho penal de ciencia. Si bien la dogmática, el positivismo y los esfuerzos neo-teóricos han logrado una aproximación a un orden, y a una organización de contenidos, la tarea de la sistematización del Derecho penal está aún pendiente y la gran talanquera se finca en los momentos potestativos del juez en sus decisiones.

En el Derecho penal de hoy, tanto en la teoría como en la práctica, tal y como se muestra en éste trabajo, la constante, es la existencia de organismos independientes que al ritmo de la discrecionalidad judicial,

construyen la norma que lejos de aparecer en el mundo real como un sistema se comportan con absoluta autonomía.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, A.: “*Lo racional como razonable*”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991. Pgs. 31, 32, 34, 35, 209, 210.

AGUDELO, N.: “*El pensamiento jurídico penal de Francesco Carrara*”. Temis, Bogotá 1998. Pg. 16.

AGUSTIN, de Hipona, “*Confesiones*”, Año 400 D.C. Publicación de las "Confesiones". De Trinitate (15 libros, concluida en el 416). Tomado de: <http://www.augustinus.it/spagnolo/index2.htm> fecha de consulta noviembre 13 de 2013.

AGUSTIN de Hipona.: “*Principios de dialéctica*”, Grupo de traducción de latín, Universidad de los Andes, Bogotá 2003.

ALCHOURRÓN, C- BULYIN, E.: “*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*”. Astrea, Buenos Aires 1987. Pgs. 21, 34, 47, 48, 49, 62, 63.

ALEXY R.: “*La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*”. Ed. Derecho y filosofía. Barcelona/Caracas 1985. Pg. 44,

- “*Teoría de la Argumentación Jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*”. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997. Pgs. 23, 24, 25, 40, 41, 164, 175, 177, 205, 206, 214, 222, 223

ARISTÓTELES.: “*Ética a Nicómaco*”, siglo V a. C. V, 7, trad. de M. Araujo y J. Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989. Pg. 81, libro 2, Núm. 6 Libro 7, Núm. 10

- “*Ética a Nicómaco*”. siglo V a. C. Universitat de València 1993.

- “*Órganon I (Categorías - Tópicos – Sobre las Refutaciones Sofísticas)*”. Traducido por Miguel Candel SanMartín. *Organon III – Analíticos Anteriores*. Lisboa: Guimarães Editores. Lisboa 1986. Traducido por Pinharanda Gomes. (El *Órganon* o Tratado de la Lógica Aristotélica es compuesto por seis obras (Categorías, Sobre la Interpretación, Analíticos Anteriores, Analíticos Posteriores, Tópicos y Sobre las Refutaciones Sofísticas). Ed. Gredos, Madrid 1988.

ASÍS ROIG, R.: “*Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*”, Marcial Pons, Madrid 1995. Pg. 281.

ATIENZA, M.: “*Las razones del derecho*”. Centro de estudios constitucionales, Madrid 1991. Pg. 25

- “*Virtudes Judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de derecho*”, en: “*Jueces y Derecho*”. Ed. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F 2004.
- “*Ética judicial, en Cuestiones judiciales*”, Ed. Fontamara. México D.F 2001.

ATIENZA, M,- RUIZ MANERO, J.: “*Las piezas del Derecho*”, Ariel, Barcelona 1996.

AUSTIN, J.: “*The Province of Jurisprudence Determined*” (Edición original 1832), Hackett, Indianapolis 1998.

BACIGALUPO, E.: “*Principios de Derecho penal, parte general*” Ed. Akal/iure, Madrid 1998 Pg. 32

BASABE SERRANO, S.: “*La teoría de sistemas de Niklas Luhmann Apuntes previos para una aplicación a la sociología del derecho*”. FORO revista de derecho, No. 4, UASB-Ecuador-CEN. Quito 2005. Pg. 193.

BASTID, P.- BOBBIO, N.- CHEVALLIER, M.: “*L'idée de légitimité*”. Annales de Philosophie Politique, n° 7, Paris 1967. Pg. 47-48.

BECCARÍA, C.: “*Tratado de los delitos y de las penas*”, Imprenta de Doña Rosa Sanz. Calle del Baño; Madrid 1820. Pgs. 10, 11, 12, 14, 15, 134

BELL, J.: “*Discretionary Decition-Making a Jurisprudential.*” Ed. Keith Hawkins. *The uses of discretion.* Clarendon press. Oxford 1992. Pg 89-111.

BERGALLI, R.: “*Perspectiva sociológica: sus orígenes*”. En “*El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*”. Ed. Temis. Bogotá 1985. Pgs. 102-104.

BERKOWITZ, R.: “*The gift of science: Leibniz and the modern legal tradition*”. Ed. Harvard University Press. EUA 2005. Pg. 11

BERLIN I.: “*Dos conceptos de Libertad*” Traducción de Julio Bayon, (Original de 1958) En cuatro ensayos sobre la libertad. Ed. Alianza. Madrid, 1988. Conferencia inaugural de la cátedra “Chichele” de teoría social y política en Oxford 1958. Disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/IV_1.pdf. Fecha de consulta febrero 7 de 2012.

BOBBIO, N.: “*El positivismo jurídico*”, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Ed. Debate. Madrid 1993. Págs. 141-143.

- “*El problema del positivismo jurídico*”. Ed. Fontamara. México 2006. Pg. 32

BLANCHÉ, R.: *La axiomática*. Última edición. Ed. Fondo de Cultura económico. México. D.F 2002.

BONORINO, P. R.-PEÑA AYAZO J. I.: “*Filosofía del derecho*”. Consejo superior de la judicatura, Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Segunda edición aumentada. Plan anual de formación y capacitación de la rama judicial. Bogotá 2006. Pgs. 93, 94.

BULYGIN, E.: “*Mi visión de la filosofía del Derecho*”. Edición digital: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2011 N. sobre edición original: Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 32. Alicante 2009. Pags.85, 86-90

CANCIÓ MELIA, M.-GÓMEZ-JARA, C.: “*Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la Exclusión*”. Ed. B de F. Buenos Aires 2006. Pg. 95 y ss.

CARRARA, F.: “*Programa de Derecho Criminal*”. Temis. Bogotá 1998. Tomo I, Prolegómenos, Pg. 13, 43 Tomo II Pg. 17 Tomo II, Pag. 53, 54. Tomo I, Pag. 45 Tomo III Introducción. Pg. 24. Tomo I, Par. 23, Pag. 35-36. Tomo 1, Pg. 156

CEREZO MIR, J.: “*La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos*”. Revista Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, www.zis-online.com Disponible en http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/280709/dp-influencia_welzel.pdf. Fecha de consulta febrero de 2013. Madrid 2009. Pg. 200 a 2011.

CARROLL, Lewis “*Aventuras de Alicia en el País de las Maravillas*”. Edición de Pilar Torralba Álvarez. Ed. Akal, Madrid, 2005

CIANCIARDO, J.: “*El conflictivismo en los derechos fundamentales*”, Ed. Eunsa. Pamplona 2000.

COMTE, A.: “*Curso de filosofía positiva*” Ed. Punto de encuentro. Buenos Aires 2009.

CHAVARRO Danilo.: “*La legitimación del Derecho en: Habermas.*” Revista Precedente. Anuario Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi. Santiago de Cali. 2006. Disponible en: http://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2006/05_Chavarro.pdf. Fecha de consulta: junio de 2013. Pg. 146.

DE AQUINO, T.: “*La Monarquía*”. Estudio preliminar y trad. de L. Robles y Á. Chueca, Tecnos. Madrid 1989.

- Francisco Barbado Viejo. “*Summa Theologiae*” 6 Vol. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 2010.
- Eudaldo Forment. “*Obra completa*”. Biblioteca de Grandes Pensadores. Ed. Gredos. Madrid 2012.

DE LA CUESTA AGUADO, P.: “*Tipicidad e imputación objetiva*”, 2ª ed. 2ª reimposición, Ed. Jurídica de Cuyo, Mendoza 2006. Pg. 41

DEL REAL ALCALÁ, J. A.: “*Deber judicial de resolución y casos difíciles*”. Este texto se insertó en el ámbito del Programa de Investigación Consolidar-Ingenio 2010 “El Tiempo de los derechos” CSD2008-00007, del Ministerio de Ciencia e Innovación de España, y en la actividad del Grupo de Investigación de la Universidad de Jaén: “Derecho Penal, Criminología, Democracia y Derechos Fundamentales” (SEJ-428), perteneciente al Plan Andaluz de investigación de la Junta de Andalucía (España). Revista panóptica No 18. marzo-junio 2010. Pgs. 40-60. 42, 43, 44.

DESCARTES, R.: “*Discurso del método*”. Traducción de G. Quintás. Ed. Alfaguara. Madrid 1981.

- “*Meditaciones metafísicas*”. Ed. Alfaguara. Madrid 1978.

DICIOTTI, E.: “*Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato, Analisi e Diritto*”. Giappichelli Editore, Torino 1992. Pg. 119.

DILTHEY, W.: “*Introducción a las ciencias del espíritu*” Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1994. p. 12 y ss.

DUQUE SANDOVAL O.: “*Concepciones del Derecho y Discrecionalidad Judicial*”. Revista Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 7, 2007 pp. 59-106. Éste trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación Universalidad y universalización de los Derechos Humanos. El papel de la

justicia constitucional en el proceso de positivización que desarrollan en forma conjunta el Grupo de Investigación en Estudios Sociopolíticos (GIESP) de la Universidad Autónoma de Occidente (Colombia) y el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid (España), y en el cual participan como investigadores los profesores Rafael de Asís Roig, Francisco J. Ansuátegui Roig, Mara Eugenia Rodríguez Palop, Javier Dorado Porras, Francisco J. Gutiérrez Díaz, Luis Freddyur Tovar. Santiago de Cali 2007.

DWORKIN, R.: *“Los derechos en serio”*, Ariel, Trad. De. Marta Gustavino. Barcelona 1984. Sexta reimpresión 2007

DWORKIN, Ronald.: *“Casos difíciles”* en *“Los derechos en serio”* Traducción de Marta Gustavino, (Quinta reimpresión) Ed. Ariel. Barcelona 2002. Pgs. 81, 84, 106.

DWORKIN, R.: *“A Matter of Principle”*, Clarendon Press, Oxford 1986. Pg. 148,

DWORKIN, R.: “Introduction”, en *“Taking Rights Seriously”*, Duckworth, Londres 1978. Pg. 7 y 8

DWORKIN, R.: *“Law’s Empire”* Harvard University Press, Londres-Cambridge, 1986. Pgs. 11, 22, 23, 24, 25, 43, 44, 64, 65, 66, 100, 101, 102, 103, 116, 183, 184, 185, 186, 216, 217 y 218

DWORKIN, R.: *“Judicial discretion”*, en *“The Journal of philosophy”*. Número 60. Oxford 1963.

ENGISCH, K.: *“La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales”*. Ed. Comares. Granada 2004.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, J. “Derecho Penal Fundamental 1” Ed. Gustavo Ibañez, Bogotá 2005 Pg. 23 y 24.

FERRAJOLI, L.: *“Derecho Y razón. Teoría del Garantismo Penal”*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan C. Bayón Mohino, Juan Terradillos Bosaco y Rocío Cantarero Bandrés. Ed. Trotta cuarta edición. Madrid 2000. Pgs. 35, 37, 38, 169, 851, 852, 853,

- *“Principia Juris. Teoría del derecho y de la democracia.”* Ed. Trota. Madrid 2011. Tomo III
Pgs. 7, 8, 9 , 10.

FERRERO, G.: *“El poder: los genios invisibles de la ciudad”*. Traducción de E. García. Ed. Tecnos. Madrid 1991. Pg. 175.

FERRI, E.: *“Sociología criminal”*. Centro editorial de Góngora. Madrid 1907. Pgs. 10, 53, 54, 55, 91-100

GARCIA, AMADO, J. A.: *“Hans Kelsen y la norma fundamental”*. Ed. Marcial Pons. Madrid 1996.

GARCIA, BELAUNDE, D.: *“América Latina y los orígenes de la Lógica Jurídica”*. En Revista Derecho PUCP. Número 50. Lima 1996. Pg. 100

GARCIA MARTIN, L.: *“El Derecho penal moderno del Estado social y democrático de Derecho”* Suprema Corte de Justicia y de la Nación. Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/El%20Derecho%20Penal%20Moderno.pdf>. En dónde se hace una completa referencia a los diferentes doctrinantes actuales y más productivos del Derecho Penal actual. Fecha de consulta: agosto de 2013. México.

GOLDSCHMIDT, W.: *“Introducción al Derecho”*. Ed. Aguilar, Madrid 1962.

GROSSO, M.S.: *“¿Qué es y que puede ser el derecho penal del enemigo?”*. En *“Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la Exclusión”* Canció Melia/Gómez-Jara Diez. Ed. B de F. Buenos Aires 2006. Pg. 1 a 50

GROSSO, M.S.: *“El concepto del delito en el nuevo Código Penal”*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá 2003. Pgs. 296 y ss, 300,

GUIBOURG. R.: “*Una concepción analítica del derecho*”. En “*Filosofía del derecho argentina*”. Coordinador: Andrés Botero Bernal. Temis. Bogotá 2008. Pg. 3

GUZMAN BRITO. A.: “*La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes*”. En: Revista Chilena de Derecho, Vol 31 No 1. Santiago 2004. Pg. 42.

HABERMAS, J.: “*La reconstrucción del materialismo histórico*”, traducción de J.N. Muñiz y R.G. Cotarelo. Ed. Taurus. Madrid 1981. Pg. 69, 70.

- “*Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso*”. Traducción de M. Jiménez Redondo, 4ª ed. Trotta. Madrid 2005.

HALEVY, E.: “*Utilitarianism. For and Against*”. Cambridge University. Press. New York 1982. Pg. 24

HART, H.L.A.: “*El nuevo desafío al positivismo jurídico*”, traducción de L. Hierro, F. Laporta y J.R. Páramo, Sistema, Número 36. Edición de mayo. Madrid 1980. Págs. 3, 4, 5

- “*The Concept of Law*”. (Edición original 1961), Oxford University Press, Oxford 1988. Pg. 16, 92, 93, 98, 120, 181, 182, 184, 188-189, 190, 192, 193,
- “*El concepto de derecho*”. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1968. Pgs, 32, 101, 117, 118, 119, 120, 121, 253.
- “*Postscript*”, en: “*The Concept of Law*” editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz. Clarendon Press. Oxford 1994. Pg. 272, 240, 263, 264.
- Publicación impresa.: Publicación digital “*law in the perspective of philosophy*”, en: Revista: Essays in jurisprudence and philosophy. Oxford Scholarship Online. Disponible con suscripción:<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198253884.001.0001/acprof-9780198253884-chapter-6>. Fecha de consulta junio de 2013. Oxford 1983. Pg 147, 155 a 158.

HIERING, R.V.: “*Espíritu del Derecho Romano en las diversas etapas de su desarrollo, en la dogmática jurídica*”. Losada. Buenos Aires 1946. Pg. 132

ENGISCH. K.: “*La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*”. Comares. Granada 2004. Pag. 61

HOBBS, T.: “*Leviatán*”. Traducción de C. Moya y A. Escotado. Editora Nacional. Madrid 1980.

HUME, D.: “*A Treatise of Human Nature*” (Fecha de publicación original 1740).. Oxford University Press, Oxford 1967.

IBAÑEZ, A.: “*Ética de la función de juzgar Ética de las profesiones jurídicas*”, Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid 2001.

JAKOBS, G.: “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*”, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas. Madrid 1997. Pgs. 293 323

- “*Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*”. Traducción de Manuel Cancio Meliá, en *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Madrid 2003.
- Entrevista concedida al diario la nación de Buenos Aires el día miércoles 26 de julio de 2006. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs> fecha de consulta enero 2 de 2012.
- “*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*”. Ed. Civitas. Madrid 2000.
- “*¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*”, Título alemán: “*Wie und was schützt das*

Strafrecht? Widerspruch und Prävention; Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung" en "los Desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI", Traducción de Manuel Cancio Meliá Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, Ed. Ara, Madrid 2005. Pgs. 15, 147 y ss.

- "Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad". Ed Thomson, Civitas. Madrid 2004. Pgs. 74, 75, 76, 77, 97

JIMENEZ DE AZUA, L.: "Tratado de Derecho Penal tomo II" 3ª edición, Losada, Buenos Aires 1962. 33, 34, 35

KANT, E.: "Crítica de la razón práctica" (Kritik der praktischen Vernunft) (1788). Trad. de E. Miñana y Manuel García Morente, Ed. Espasa-Calpe, (2ª edic.) Madrid 1981.

- "Metafísica de las costumbres" (Metaphysik der Sitten) (1797). Trad. esp. La metafísica de las costumbres. Ed. Tecnos, Madrid 1984.

KAUFMANN, A.: "Filosofía del Derecho", Universidad Externado de Colombia, trad. Villar Borda y Montoya, Bogotá 1999. Pgs. 51, 52

KELSEN, H.: "Teoría pura del Derecho". UNAM. México D.F. 1979.

- "Teoría pura del Derecho" (Primera edición 1960), trad. de R. Vernengo, UNAM, México DF 1982. Pg. 81
- "Teoría pura del Derecho" (Primera edición 1953), trad. de M. Nilve. Ed. Eudeba, Buenos Aires 1989. Pg. 63, 136
- "Teoría General del Derecho y del Estado", Ed. UNAM, México 1979. Pgs. 45, 46, 47, 48, 49.

KOSKENNIEMI, M.: "Formalismo, fragmentación y libertad. Temas Kantianos en el derecho internacional actual". Revista internacional de pensamiento político, Número 2, 1er Semestre.

Revista electrónica de estudios internacionales. Versión española a cargo de Ignacio de la Rasilla del Moral. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2800718.pdf. Fecha de consulta marzo de 2013. Madrid 2007. Pg. 3

KRIELE, M.: *Theorie der Rechtsgewinnung* 2ª Ed Duncker-Humbolt, Berlín 1976.

KUHN, T. S.: *La estructura de las revoluciones científicas*. Ed. Fondo de Cultura Económica de España. Madrid 2005.

LARENZ, K.: “*Metodología de la ciencia del Derecho*”, Ed. Ariel derecho. Barcelona 1980. Pgs. 157, 158, 159, 183.

LIFANTE VIDAL, I.: *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*. Revista Doxa número 25. Madrid, 2002. 413-439. Pgs. 414, 415, 416, 417-419, 429, 422-425.

LOCKE, J.: *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Ed. J. Abellán. Espasa Calpe. Madrid 1991. Pg. 275.

LOPEZ MEDINA, D. E.: “*El Derecho de los Jueces*” Ed. Legis. Universidad de los Andes. Sexta reimpresión. Bogotá 2008.

LUHMANN, N.: “*Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*.” Ed. Paidós, Buenos Aires 1990.

- “*La ciencia de la sociedad*.” Ed. Anthropos. México D.F. 1990.
- “*Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*.” Ed. Alianza. Universidad Iberoamericana. México D.F. 1991. Pg. 195.
- “*Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*.” Ed. Trotta. Madrid 1998. Pgs. 16, 17, 18.
- “*La sociología del riesgo*.” Ed. Triana. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México D.F. 1998.

LUZON PEÑA, D.: “Lecciones de Derecho penal-parte general” Ed. Tiran Lo Branch, Valencia 2012. Pg. 33

MARTINEZ, F.: “*Teorías de la Argumentación Jurídica: Una visión retrospectiva de tres autores*”. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 8, 2004/2005, pp. 273-296 Disponible en <http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero8/martinez.htm>, Fecha de consulta marzo de 2010.

MARTINEZ TAPIA, R.: “*Leibniz y la Ciencia Jurídica. En: Anales de Derecho*”. Universidad de Murcia. Núm. 14. 1996. Pg. 156.

MARRA, R.: “*Weber y la Duplicación de la Ciencia Jurídica*”. Una Réplica a Bergalli. Revista Doxa Número 12. Madrid, 1992.

MENDONCA, D.: “*Los derechos en juego*”. Tecnos. Madrid. 2003. Pg. 23

MIR PUIG, S.: “Introducción a las bases del Derecho penal” Ed. B de F. Montevideo, 2002. Pg. 219

MOYA CANTERO, E.: “*La disputa del positivismo en la filosofía contemporánea*”. Universidad de Murcia, Servicio de publicaciones. Murcia 1998.

MORESO, J. J.: “*Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*”, en: J. Betegón; F.J. Laporta; J.R. del Páramo; L. Prieto (editores), “*Constitución y derechos fundamentales*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2004. Pgs. 473-493

MÜLLER, Ingo.: “Los Juristas del Horror” Ed. Alvaro Nora. Traducción de Carlos Armando Figueredo. 2009

NAVARRO, P.: “*Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho*”. En Revista Doxa Número 14. Madrid, 1993. Pgs. 262 - 266

NINO, C. S.: “*Introducción al análisis del Derecho*”. Ed Ariel Derecho, Barcelona 2001. Pgs. 27, 28, 102, 104, 106, 108, 111

PACHO GARCÍA, J.: “*Positivismo y Darwinismo*”, Ed. Akal, Madrid 2005. Pgs 8, 9 y 10

PALMERO, F.; FERNÁNDEZ ABASCAL, E.G.; MARTÍNEZ, F. y CHÓLIZ, M.: *Psicología de la motivación y la emoción*. McGraw Hill. Madrid 2002. Pg. 4, 5, 16.

PERELMAN, C.: “*La lógica jurídica y la nueva retórica*”. Traducción de Luis Díez-Picazo. Ed. Civitas. Madrid 1979. Pgs 12, 25, 145.

- “The new rethoric”. La Nouvelle Rhétorique: Traité de l'Argumentation. Hay varias ediciones, 1976, Bruxelles, l'Université de Bruxelles: Traité de l'Argumentation: La Nouvelle Rhétorique. Hay traducción al español. Ed. Gredos. Madrid 1990.

PÉREZ LUÑO, A.E.: “*El desbordamiento de las fuentes del Derecho*”. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla 1993. Pg. 42

POPER, K.: “*La lógica de la investigación científica*”.Tecnos. Madrid 1962.

- “*Conjeturas y refutaciones*”, Ed. Paidós. Barcelona 1983. Pg. 151, 152, 153.

PRIETO SANCHÍS, I.: “*Constitucionalismo y positivismo*”. Fontamara. México D.F. 1997. Pgs. 8, 52

PRITWWITS, Cornelius. (2004): “*Derecho Penal del Enemigo ¿análisis crítico o programa de Derecho Penal?*”, en: Santiago Mir Puig/Mirentxu Corcoy Bidasolo, “*La política criminal en Europa*”, Ed. Atelier. Barcelona.

RECASÉNS SICHES, Luis.: “Panorama del pensamiento jurídico en el siglo xx”. ED. Porrúa. México. 1963

- “*Nueva Filosofía de la Técnica Jurídica.*” Coyacan. México 2002. Pg. 9

RENTERÍA, A.: “*Discrecionalidad judicial y responsabilidad.*” 3ª edición, Ed. Fontamara. Ciudad de México 2001. Pg. 37.

ROCCO, A.: “*El problema y el método de la ciencia del derecho penal*”, traducción de Rodrigo Naranjo. Ed. Temis. Bogotá 1986. Pgs. 516 a 521.

RODRÍGUEZ AGUILAR, M del C.: “*Sobre ética y moral*”. Revista Digital Universitaria. Madrid. 10 de marzo. Volumen 6 Número 3, 2005. Pg. 4.

RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ, J.: “Derecho administrativo español. Tomo I” Ed. Netbiblo. La coruña 2008 Pg. 75 y 76

RODRÍGUEZ LUÑO, A.: “*La scelta etica. Il rapporto fra libertà e virtù*”. Ed. Rizzoli Libri. Milán 1987. Pg. 111.

ROUSSEAU, J, J.: “*Oeuvres completes.*” Tome III , B. Gagnebin et M. Raymond (eds.), Paris: Gallimard 1964. Pgs. 350, 351

ROXIN C,- SCHUNEMANN B,- HASSEMER W,- VON HIRSCH A,- FRISCH W.: “*La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o Juego de abalorios dogmático?, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?*”. Ed. Marcial Pons. Madrid 2007. Pgs. 337, 338, 339, 340, 425, 426, 427, 444, 447, 448

ROXIN. C.: “Derecho Penal. Parte General”. Ed. Civitas. Madrid 2008. Pg. 193

RUIZ RUIZ, R.: “*Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional*” Revista, CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Número 20. Universidad de Jaén 2010. Pg. 123.

SABINE, G.: “*Historia de la teoría política*”. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1984. Pg. 275, 388, 389, 390.

SANZ MULAS, N.: “*Alternativas a la pena privativa de la libertad –análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana.*” Ed. COLEX. Madrid 2000. Pg. 35.

SAVIGNY, K:

- “*De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*”. Ed. Heliasta. Buenos Aires 1977. Pg. 43.
- “*Sistema de Derecho Romano actual, en la ciencia del Derecho*”. Ed. Losada, Buenos Aires, 1949. Pg. 2
- “*Sistema del derecho romano actual*”. Ed. Comares. Granada 2005. Pg. 41.

SCHMITT, K.: “*Legalidad y legitimidad*”. Traducción de J. Díaz. Aguilar. Madrid 1971. Pgs. 28, 29, 34.

SCHRÖDINGER, E.: “*Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik*” (*La situación actual en la mecánica cuántica*). Naturwissenschaften. Tomado de <http://www.astromia.com/astrologia/paradojagato.htm>. Fecha de consulta agosto 4 de 2013. 1935.

SEGURA MARTÍNEZ, A.: “*Apuntes sobre la discrecionalidad en la aplicación judicial del derecho*” Revista Derecho en libertad. Número 4. Disponible en: http://fldm.edu.mx/pdf/revista/no4/apuntes_sobre_la_discrecionalidad_en_la_aplicacion_judicial_del_derecho.pdf. Fecha de consulta: marzo de 2013. México 2010.

SERVANT BEAUVAIS. M.: “*Manual clásico de filosofía escrito en francés*”. Traducido, arreglado y adicionado por José López de Uribe y Osma. Imprenta de Don Ramon Verges. Madrid 1843. Pg. 251.

SERNA, P- TOLLER, F.: “*La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*”. Ed. La ley. Buenos Aires 2000.

SIERRA H, M,- CÁNTARO A, S.: “*Lecciones de Derecho Penal: Parte General*”. 1 ed. Universidad Nacional del sur. Ed. Ediuns. Bahía Blanca 2005. Pg. 152

SPINOZA BARUCH, L:

- “*Obra completa*”. Biblioteca de Grandes Pensadores. Ed. Gredos. Madrid 2011.
- “*Ética demostrada según el orden geométrico*”, introducción, traducción y notas de Vidal Peña. Ed. Alianza. Madrid 1987

TARELLO, G.: “*Cultura jurídica y política del derecho*”. Ed. Comares. Granada, 2002. Pg. 46

TARUFFO, M.: “*La Motivazione della Sentenza Civile*”. Ed. Cedam. Padova 1975. Pgs. 149, 150.

TEJADA, P.: “*El debate deber-virtud (ii) el concepto de virtud*”. Parte de la Tesis doctoral presentada en la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra, en 2004. Disponible en: www.unav.es/tmoral/virtudesyvalores/vgeneral/ddv2.pdf. Fecha de consulta abril de 2012. Pg. 2, 5

VARELA, F. J.: “*Autopoiesis and a Biology of intentionality*”. McMullin, B. and Murphy, N. (eds.) *Autopoiesis & Perception*. pp.1–14. Proceedings of a workshop held in Dublin City University, August 25th & 26th 1992. School of Electronic Engineering Technical Report. Dublin 1992. Pg. 3.

VEGA, J.: *“Crisis del positivismo jurídico y fundamentación moral del Derecho”*, en: *“El positivismo Jurídico a examen”*. RAMOS PASCUA, J.A. – RODILLA GONZÁLEZ, Ed. M.A. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto, Ediciones de la Universidad de Salamanca 2006. Pgs. 968-969

VELÁSQUEZ, F.: *“Derecho Penal parte general”*. ed. Comlibros. Bogotá 2009. Pg. 17, 384, 799, 801, 804, 805

VELAZQUEZ, F.: *Conferencia pronunciada por el profesor colombiano el día 29 de octubre de 2004, entre las 5:20 y las 6:20 p.m., en el Auditorio de la Universidad Externado de Colombia con Sede en Bogotá, como ponencia de clausura del “IV Seminario sobre Filosofía y Derecho contemporáneo. Problemas actuales del Funcionalismo”, organizado por el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de esa institución.* Este trabajo ha sido publicado en la Revista de Derecho Penal y criminología, num. 14, julio 2004.

VIEHWEG, T.: *“Tópica y Jurisprudencia”*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Editorial Taurus, Madrid, 1964

VIGO, R. L.: *“Interpretación Jurídica (Del modelo Iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)”*. Ed. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 1999. Pgs. 19, 26

- *“Ética judicial e interpretación jurídica”*, Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 29 Madrid, 2006. págs. 273, 275, 276, 277, 278, -294.

VIRGOLINI, J - SILVESTRONI, M.: *“Unas sentencias discretas. Sobre la discrecionalidad judicial y el Estado de Derecho”*. Revista Justicia para crecer. Revista especializada en justicia juvenil restaurativa.

Número 2. Disponible en: http://www.justiciajuvenilrestaurativa.org/jpc/justicia_para_crecer_2.pdf. Fecha de consulta septiembre 2012. Lima 2006.

VON LISZT, F.: *“La idea de fin en el derecho penal”*. Ed. Edeva. Valparaiso 1984.

WEBER, M.: *“Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva”*. Traducción de Medina Echavarría y otros, 2ª ed. F.C.E. (1ª ed. alemana 1922). México 1979. Pg. 42, 43, 172.

WELZEL, H.: “*Estudios de Derecho Penal*”. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Ed. B. de F. Madrid 2002.

- “*Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*”. Ed. B. de F. Madrid 2005.
- “*Das Deutsche Strafrecht*”, 11.^a ed., Berlín, Walter de Gruyter y Co., 1969, Versión en español: “*Derecho penal alemán. Parte General*”, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 1970.

WITTGENSTEIN, L.: “*Tractatus logico-philosophicus*”. Ed. Alianza. Madrid. 2009. Pgs. 3, 4, 3-2, 31.

ZAFFARONI, E.: “Derecho penal parte general” Ed. Ediar. Buenos Aires, 2000. Pg. 74 y 75.

ZUÑIGA, L.: “*Política criminal*” Ed. COLEX. Madrid, 2001. Pg. 33

Jurisprudencia:

- Sentencia C-037 de 1996 Magistrado ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.
- Sentencia C-131 de 1993 Magistrado Sustanciador: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
- Sentencia SU- 047 de 1999 Magistrados Ponentes: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
- Sentencia C-311 de 2002 Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

- Sentencia C-739 de 2000 Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

- Sentencia C-355 de 2006 Magistrados Ponentes: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA,
Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

- Sentencia C-133 de 1994 Magistrado ponente: ANTONIO BARRERA
CARBONELL.

- Sentencia C-013 de 1997 Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO
HERNANDEZ GALINDO

- Sentencia C-641 de 2001 Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

- Sentencia C-198 de 2002 Magistrada Ponente: Dra. CLARA INES VARGAS
HERNÁNDEZ

- Sentencia C-335 de 2008 Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO
SIERRA PORTO

- Sentencia de Casación número 328 del 28 de junio de 1996 Magistrado ponente:
AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN